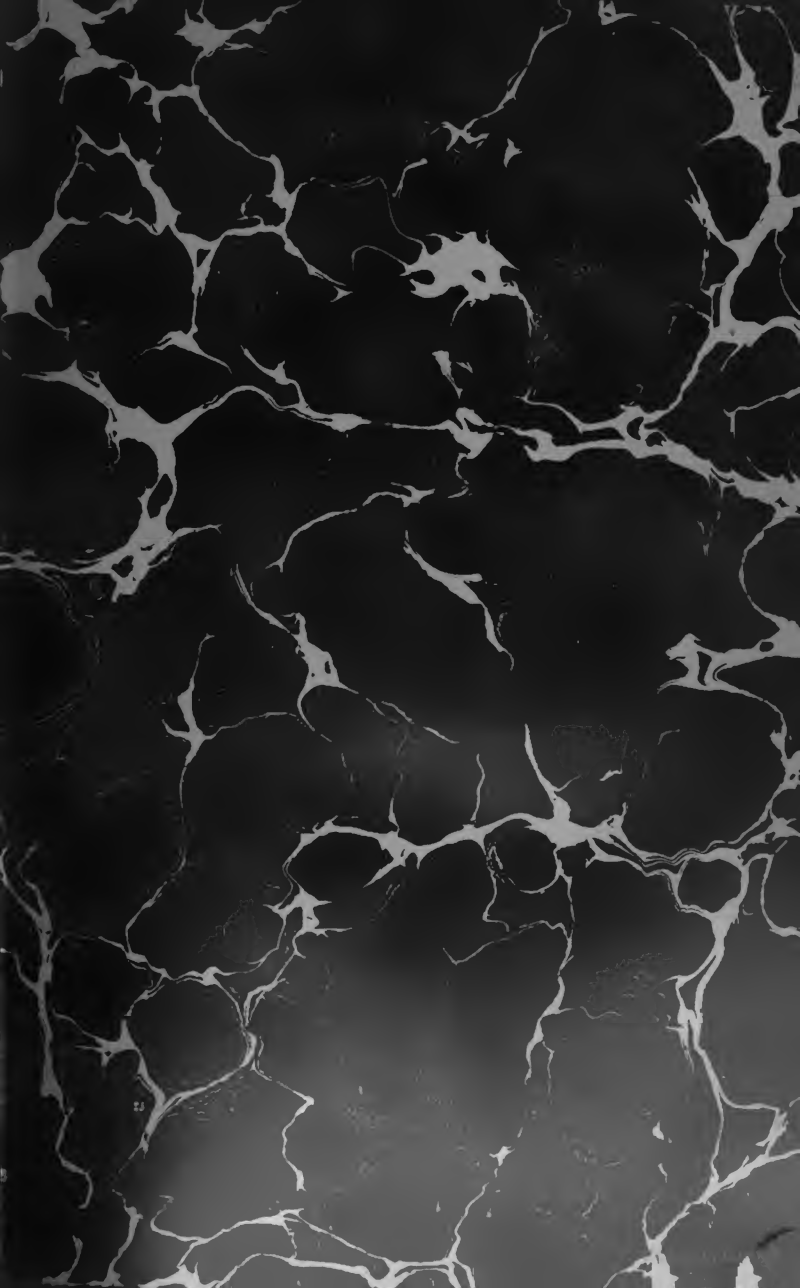
Recht und rechtsquellen

August Sturm

Digitized by Google


EX LIBRIS
JOHN CHIPMAN GRAY



2nd copy

Recht und Rechtsquellen.

Eine Abhandlung

von

Dr. jur. August Sturm,

Assessor a. D.

2 Copies

Kassel.
Georg H. Wigand.
1883.

Digitized by Google

For TY
5936

APR 6 1933
4/6/33

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

I. Recht und Rechtsquellen im Allgemeinen.

II. Die Quellen des heutigen deutschen Strafrechts.

Digitized by Google

III. Die Quellen des heutigen gemeinen deutschen Civilrechts.

IV. Die Quellen des künftigen Reichscivilrechts.

Digitized by Google

Vorwort.

Die nachstehende Abhandlung enthält die Wiederaufnahme meiner früheren Untersuchung über die Rechtsquellen („Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit", 1877). Ich habe in sechs Jahren weiteren Stoff zur Lösung der Frage gesammelt, den ich jetzt gesichtet und geordnet darbringe. Mein Hauptaugenmerk habe ich darauf gerichtet, den schwierigen und spröden Stoff logisch zu ordnen und streng wissenschaftlich zu bearbeiten, um klar zu zeigen, was ich für wahr halte. Um ferner zu zeigen, worin sich meine Ansicht von Anderen unterscheidet und worin sie mit Anderen übereinstimmt, habe ich die neueren Schriftsteller nach Möglichkeit berücksichtigt.

Digitized by Google

I.

Recht und Rechtsquellen im Allgemeinen.

Digitized by Google

§. 1.

Einleitung.

Die nachfolgende Abhandlung über die Rechtsquellen will versuchen, die so wichtige und schwierige Lehre, deren juristische Literatur leider nicht allzureich ist, nach speculativ-historischer Methode darzustellen.

Meines Erachtens muß die Lehre historisch behandelt werden, denn wenn auch die geschichtlichen Quellen selbst sie nicht allein entscheiden können, so entwickelt sich doch die Lehre nur in der Geschichte. Es dürfen also die Quellenaussprüche so wenig außer Acht gelassen werden, wie die Auffassungen der Wissenschaft, die auf die Entwickelung in Theorie und Praxis Einfluß gehabt haben.

Die Lehre darf aber nicht einseitig historisch behandelt werden. Die Einseitigkeit der historischen Schule, welche das Werden des Rechts vergißt, ist in der Gegenwart ebenso überwunden, wie die Verachtung und Beiseitesetzung der Philosophie.[1]) An die Ergebnisse der historischen Schule haben wir mit berechtigter Kritik heranzutreten; wir haben Alles Recht historisch ererbt, aber im ewigen Erbrecht hat sich das Recht in uns und mit uns weiterentwickelt, und so gilt für uns das kritisch geprüfte, unserer Zeit angepaßte Recht, während wir den zurückgebliebenen, unzeitgemäßen Urväterhausrath nicht in den praktischen Hausgebrauch zu nehmen brauchen, wenn wir ihn auch gewiß mit größter Pietät in dem Gemache der Rechtsgeschichte aufzubewahren haben. Das Letztere sollen und wollen wir aus dem Grunde thun, weil wir nur durch die Betrachtung der Vorstufen der Rechtsinstitute die gegenwärtigen Institute begreifen können. Früher sah man in den versteinerten Ungeheuern der Thierwelt Spiele der Natur, und in den urkräftigen, ungeheuerlichen Rechtsinstituten Kuriositäten. Jetzt wissen wir, daß die gegenwärtige Entwickelung auf der früheren fußt, und daß wir sie nur durch die Entwickelungsgeschichte verstehen. Während aber in der Naturwissenschaft gewiß das helle Sonnenlicht für diese dunkelen, geheimnißvollen Vorgänge fehlt,[2]) ist es für die Rechtswissenschaft eine über allen Zweifel erhabene Thatsache, daß die Fortentwickelung früher stattfand und noch heute stattfindet, ja daß sie im Gegensatz zur Naturwissenschaft bei

[1]) Cf. v. Jhering „Zweck im Recht" Seite VIII.

[2]) Cf. die schönen Worte des Juristen von Jhering über die Darwinsche Theorie Seite XI und XII des „Zweck im Recht".

Digitized by Google

welcher die Wandlung der gegenwärtigen Arten doch mindestens sehr bestritten ist, ja für die Höheren von den Meisten geleugnet wird,[1]) gerade bei den höheren Rechtsinstituten, Dank der bewußten und freien That des menschlichen Ichs, eine größere Fülle von Leben zeigt, als je vorher.

Würde meine Abhandlung ein specielles Rechtsinstitut behandeln, so müßte ich mich bei der kritischen Prüfung und Anpassung für unsere Zeit bescheiden. Allein ich behandle ein im Rechte einzig dastehendes Thema. Die Frage: „Welches sind die Quellen des Rechts?" ist so nothwendig eine rechtsphilosophische, wie die für dieselbe präjudicielle: „Was ist das Wesen des Rechts?"[2]) Die positive Rechtswissenschaft kann hier allein nicht Auskunft geben, hier muß man Principien suchen, d. h. philosophiren.[3])

Ich bedarf hier also nicht nur der Kritik, der Prüfung der Anpassung für unsere Zeitverhältnisse, sondern der Rechtsphilosophie. Hierunter verstehe ich nicht die Forschung nach einem ewigen und unwandelbaren Rechte, sondern die philosophische Behandlung des historischen Rechts. So gewiß die Erstere für den Philosophen das größte Interesse haben mag, so gewiß ist sie für den Juristen unbrauchbar. Auch die Rechtsphilosophie in diesem Sinne ist historisch zu behandeln; das Recht wandelt sich und wird, und so auch die Philosophie über dasselbe. Um aber die philosophische Abtheilung der Schrift auch Andersdenkenden gegenüber zu einer Alles umfassenden zu machen, habe ich auch die kühnen aprioristischen Constructionen Kants, Fichtes, Schellings, Hegels erörtert. Hierzu bestimmte mich noch ein zweifacher Grund: einmal haben diese Männer auf die deutsche Nation einen so gewaltigen Einfluß geübt, daß dieser auch im positiven Recht zu seiner Zeit zu fühlen ist, also mit zu der Geschichte desselben gehört. Dann aber zeigt das Wandelbare der Systeme, daß die Geschichte der menschlichen Bestrebungen, welche auf Erkenntniß des Ewigen, d. h. des Seienden gerichtet ist, eben auch werdende Entwickelungsgeschichte ist, so daß die Betrachtung derselben hier einen historischen Gegenstand behandelt und deshalb eine historische sein muß. Hierdurch wird aber das historische Verfahren des Juristen selbst den aprioristischen Systemen gegenüber gerechtfertigt.

Immerhin bleiben aber auch für diese historische Behandlung philosophische Voraussetzungen bestehen, die die „ewigen und unwandelbaren Gesetze, von denen die Welt in ihrer gesammten Gliederung beherrscht wird" also ein „absolut unhistorisches Object"[4]) zu Grunde legen müssen,[5])

---

[1]) Erdmann, Grundriß der Geschichte der Philosophie, II. Seite 795.
[2]) Dahn, Bausteine, vierte Reihe, erste Schicht 1883, Seite 235.
[3]) Dahn, loc. cit.
[4]) Adolf Schmidt: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht (Dekanatsrede), Seite 5, Anm. 2.
[5]) Adolf Schmidt loc. cit. Seite 5 Anm. 2.

Digitized by Google

ja so kühn sein müssen, zu behaupten, sie hätten mit ihrem seienden Ich das Werden der nie seienden Erscheinungen verstanden. Ich gehe nun so weit, zu behaupten, daß Kants Ansicht als die des größten Denkers unseres Planeten grundlegend bleiben muß für die gesammte Fortentwickelung. Ich baue daher bei der Behandlung unhistorischer Gegenstände auf seiner Lehre weiter. Während ich aber in der Philosophie mich auf den Mann stütze, dem wir die Erkenntniß der Beschränkung aller menschlichen Speculation danken,[1]) und auf einem äußerst sceptischen Kriticismus stehend allen Dogmatismus im Wissen verwerfe, beginne ich bei der Darstellung der Jurisprudenz, soweit sie mein Thema behandelt, mit der historischen Schule (Niebuhr, v. Savigny, Puchta, Eichhorn, Grimm 2c.), setze also erst in der Zeit ein, in welcher auf empirischem, geschichtlichem Wege das Recht begriffen wurde.

Auf Grund der von den Empirikern gefundenen Wahrheiten will meine Methode eine speculative sein,[2]) sie will weder die Empiriker ignoriren, noch das Philosophiren verachten. In dieser Verbindung des Empirischen mit dem Speculativen liegt m. E. die Aufgabe für alle Wissenschaften unserer gegenwärtigen Zeit.

Ich muß nun gestehen, daß für die Empirie mir die historischen Uranfänge des nationalen Rechts fehlen. Ich sehe auch bisher keinen Weg, zu denselben zu gelangen. Wenn ich das Werden meines Geistes verfolgen will, muß ich Erwachsene fragen, die mich als Kind beobachteten. Ebenso steht es im Völkerleben. Nun fehlen aber die Kulturvölker, welche uns über die Kindheit des deutschen Volkes Aufschluß geben könnten, denn alle Berichte sprechen von weit späterer Zeit. Die sagenhaften Traditionen des eignen Volkes aber sind viel ungewisser, als die Erinnerungen des Kindes an seine Jugend, denn im letzteren Falle lebt die Erinnerung in einem und demselben Ich, in ersterem Falle aber setzt sich die Tradition von Ich zu Ich fort, und wird aus Wahrheit zur Dichtung.

Es bleibt nur der Weg übrig, das Werden des Rechts bei den „wilden" Völkern zu betrachten. Ich habe in dieser Hinsicht mannigfache Studien getrieben, allein ich muß doch gestehen, daß für das Material Controlle und Sichtung noch viel zu sehr fehlt, um die Empirie bis in diese Urzeiten auszudehnen.[3]) Nur die Existenz des Rechts in Gesetz oder Gewohnheit sehen wir in unserer Zeit bei allen Völkern, selbst bei den wilden Stämmen. Das erste Werden ist bisher nicht erkennbar. Vielleicht ist es in unserer Zeit überhaupt nicht mehr erkennbar, denn überall erscheint uns der arterhaltende, sittliche Geselligkeitstrieb des Menschen jetzt als angeboren und a priori gegeben.

[1]) Dahn, Bausteine loc. cit. Seite 296.
[2]) Dahn loc. cit. Seite 296 Anm.
[3]) Cf. Dahn loc. cit. 298, Post, „Bausteine", Leist, „die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts", Seite 14 ff.

Zudem nehme ich nicht mit dem überaus fleißigen und umsichtigen vergleichenden Rechtsforscher Post einheitliche Rechtsstufen an, sondern finde eine uranfängliche nationale Trennung im Wesen des Rechts begründet. Wie das Recht bei den Negern Africas wird, braucht es bei uns nicht geworden zu sein. Aber es kann bei uns so geworden sein, wie es bei der indogermanischen Sprachsippe wird. Dieser unser Volksstamm, von dem unser Volk ein Zweig ist, ist zunächst bei der Rechtsvergleichung zu betrachten, denn das Recht ist national und ist stammverwandt. Leist allein hat meines Wissens diesen Volksstamm im Rechtsinteresse[1]) verfolgt, und zwar mit dem größten Rechte, denn menschliche Arbeit, menschlicher Tausch, menschliche Thierzähmung, setzen Rechtsverhältnisse voraus, und ich glaube, daß es Leist gelungen ist, wichtige Daten für „das allmälige Werden einiger Hauptrechtsbegriffe der indogermanischen Völkerfamilie festzustellen."[2]) Für meine Abhandlung aber, die nicht mit Hauptrechtsbegriffen, sondern mit dem Rechtsbegriffe selbst rechnet, sind die noch im Dunkeln liegenden Uranfänge des Rechtsbegriffs selbst bei Seite zu lassen, und ist mit einem Satze der gegenwärtigen Erfahrung zu beginnen.

§ 2.

Die Erfahrung und das Recht.

Zunächst erkennen wir den Rechtsbegriff aus der Erfahrung. Wir bemerken, daß alle Völker rechtlich leben, ja daß selbst die wilden Völkerschaften, seien sie noch so uncultivirt, ein Recht haben.[3])

Und wenn wir die Geschichte dieser Völker verfolgen, so finden wir überall die Friedensordnung irgend eines Rechts, sei sie auch noch so urkräftig und roh.

Ja selbst für die Urzeit sprechen überall Zeugen für das Recht. Einmal finden wir das Recht in Sagen und Mythen, die nicht blos Phantasiegebilde sein können, weil es solche a priori überhaupt nicht gibt.[4]) Sodann finden wir menschliche Arbeiten,[5]) menschliche Werkzeuge, die nur durch Tausch und Handel an andere Orte — wo das betr. Material nicht vorkommt — gelangt sein können, und müssen auch aus diesen Funden auf ein Recht schließen.

[1]) loc. cit. Seite 14, 17, 20, 23.
[2]) Leist loc. cit. Seite 32 ff.
[3]) Das beweisen u. A. die Forschungen Posts.
[4]) Die Phantasie ähnelt hier der Natur des Wunsches, cf. hierüber meine Commissivdelicte durch Unterlassung S. 160.
[5]) Oder auch nur Feuerheerde, die menschliche Industrie ermöglichen. Der Gebrauch des Feuers selbst ist der „Heros der verständigen Thätigkeit", in ihm kennzeichnet sich der „vordenkende Sinn." Cf. hierzu Leist loc. cit. Seite 18 Anm. 8.

Digitized by Google

Für die Gegenwart erkennen wir ferner durch Erfahrung, daß nur Gewohnheit und Gesetz als Recht gilt. Es ist für die Gewohnheit gleichgiltig, ob uncultivirte Völker sie auf göttliche oder heroische Satzung zurückführen, denn ein solches Ableiten von höchsten Autoritäten kennzeichnet nur die gewaltige, reinmenschliche Autorität der opinio necessitatis.

§ 3.

Das Recht und die Selbstbeobachtung.

Bei erwachender Speculation suchen wir die Wahrheit nicht mehr durch Beobachtung des anderen Ichs sondern durch Selbst-Beobachtung,[1]) die möglich ist, weil wir zugleich Ich an sich und Ich als Erscheinung sind. Stehen wir vollends auf dem skeptischen Standpunkte Kants, so finden wir allein hier Gewißheit, denn alles Andere kann erst durch uns zu dem geworden sein, was es uns scheint, zur äußeren Welt.

Die Stimme in der inneren Welt lehrt uns, daß wir den sittlichen Gesellschaftstrieb haben, sie sagt uns, daß derselbe ein nationaler ist, und indem sie sich nur bei Verletzung von Gesetz und Gewohnheit meldet, bezeugt sie uns, daß die Rechtsnormen nur diese beiden Formen haben können.

Die Stimme meldet sich bei dem geringsten Polizeigesetz, dessen Normen wir kennen. Sie meldet sich ebenso beim Mord. Hier aber treten die Donner des Gewissens, des kategorischen Imperativs, hinzu und wir empfinden an uns selbst bei jeder unmoralischen Handlung, daß wir hier viel schwerer gegen das Menschenthum fehlen, als beim Unrecht. Moral und Recht liegen im Wesen des Menschen, die Moral ruht auf dem Gewissen, das Recht auf dem Rechtstriebe. Die Moral steht über dem Recht.

Diese durch die Selbstbeobachtung gegebenen Sätze geben uns noch keine Definition. Um diese zu geben müssen wir die Aufgabe des Rechts für die Menschheit, wie sie uns erscheint, erfassen. Indem wir dabei die Selbstbeobachtung zu Grunde legen, aber die Erfahrung an Anderen dabei stets benutzen, gewinnen wir eine objective Wahrheit, die auf allgemeine Geltung Anspruch machen darf.

§ 4.

Die Definition des Rechts.

Das Recht ist nach meiner Auffassung: Die Friedensordnung einer durch die geschichtliche Entwickelung verbundenen Gruppe der Menschheit,

[1]) Cf. auch Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, Seite 52.

Digitized by Google

zum Zwecke der Erhaltung ihrer selbst in der Gegenwart und der Fortentwickelung in der Zukunft, welche auf dem sittlichen Geselligkeitstriebe des Menschen in der Weise ruht, daß allgemeine befehlende Normen in Gewohnheit und Gesetz[1]) gegeben werden, zu deren Befolgung wiederum im Friedensinteresse der Rechtstrieb antreibt, die aber auch im Falle der Nichtbefolgung von der herrschenden Gewalt mit civilrechtlichen Folgen oder im Falle einer Uebertretung mit der Folge eines Uebels verbunden werden können.

Durch diese Definition hoffe ich Folgendes erreicht zu haben:

1) Der Ordnungsbegriff des Rechts als „praktischer Ordnung" ist beibehalten.
2) In dem Worte Friedensordnung liegt die Unterscheidung von der Romantik der historischen Schule. Vor dem Rechte liegt eine Zeit des Kampfes, wenigstens des Ringens.
3) Die Normennatur alles Rechts ist ausgedrückt. Das Recht kann nur in allgemeinen Imperativen befehlen. („Diese das in bestimmten Beziehungen Gleiche gleichsetzende Allgemeinheit ist das formelle Grundmerkmal der Rechtsnorm", Rümelin.
4) Es ist in dem Triebe neben dem zu Normen treibenden auch das zum Gehorsam gegen die Normen treibende Element gegeben.

Nun erst erhellt, weshalb es auch Rechtsnormen gibt, hinter denen kein Zwang und kein Uebel steht, die aber dennoch Recht sind. Bei ihnen nimmt der Staat an, daß der Trieb zur Befolgung genügt, oder es bleibt, wie beim Monarchen, ein letzter Imperativ, hinter dem kein Zwang stehen kann, hinter dem aber der Trieb steht.

Nun erst wird es begreiflich, daß die Machtrechtstheorien allein nicht genügen. Im Privatrechte gehorcht die Mehrzahl zuerst den Normen und nicht dem Zwange der Execution. Im Strafrecht gehorchen wir zuerst den Normen, und nicht erst dem Uebel der Strafe. An die Stelle der Macht und des Zwanges, an Stelle des Executors tritt in erster Linie die natura generis, der sittliche Geselligkeitstrieb, auf dessen Wirken sich der Staat mehr verlassen darf, als auf jene rohen Mächte.

5. Dem Gewohnheitsrecht vor dem modernen Staate bleibt seine Stelle.

Wir brauchen es nicht als Recht zu leugnen, weil wir das Recht nicht blos auf die Macht des modernen Staates stützen. Denn auch

[1]) Die Aufnahme von Gewohnheit und Gesetz scheint neu zu sein, und wird vielleicht Anstoß erregen. Sie ist aber eine der Grundsäulen meiner, Moral und Recht nicht scheidenden aber trennenden Theorie. Gesetz und Gewohnheit gehören in die Definition. Aus diesem Grunde wird es den Lehrbüchern, welche nicht die Wesensnormen, sondern die Willensnormen des positiven Rechts erörtern müssen, so schwer, eine Definition des Rechts in objectivem Sinne zu geben.

Digitized by Google

zur Setzung und Befolgung der Gewohnheit treibt der genannte Trieb in unserem Wesen. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die Quelle der Gewohnheit in der Entwickelung zu einer Zeit verkümmern kann.

6. Es ist die Abgrenzung von der Moral scharf angegeben.

Im Falle des Trotzes gegen den Alle treibenden Trieb seitens Einzelner darf der Staat civilrechtliche Folgen oder in schärferer Reaction das Strafübel für Irreparabeles setzen.

Die Moral schreibt vor „nicht generalisirend nach äußeren Merkmalen eine gleichmäßig bestimmte Handlungsweise, sondern, unbefriedigt von bloßer Legalität, von Fall zu Fall ein aus einem sittlich gebildeten Gemüth und Willen mit innerer Nöthigung hervorgehendes Verhalten.[1])“ Deshalb verträgt die Moral neben der inneren Nöthigung keine äußere Folge, kein äußeres Uebel, keine äußere Belohnung. Keine herrschende irdische Gewalt kann sie nach allgemeinen Normen verwirklichen.

Noch schärfer hebt sich die Moral aber dadurch ab, daß im Rechte nur das rechtlich ist, was die Imperative des menschlichen Gesetzes und der menschlichen Gewohnheit fordern, die in die Definition des Rechts gehören. Dem Gesetz und der Gewohnheit zu gehorchen, ist moralisch, aber die Vorschriften der Moral decken sich nicht mit Gesetz und Gewohnheit.

7. Trotz dieser Abgrenzung bleibt dem Rechte die höhere sittliche Weihe, die unerläßlich ist nach der sittlichen Natur des Menschen.

Denn erstens ist der sittliche Geselligkeitstrieb angeboren als natura generis. Er ist sittlich, denn er überwindet den Egoismus; durch ihn wirkt Jeder für den Andern in der Nation in der Gegenwart, zugleich aber für die Zukunft der Nation und damit für die Zukunft der Menschheit. Dieser Trieb verwirklicht das ewige Erbrecht auf das Werden und damit einen sittlichen Gedanken.

Zweitens steht auch hinter den Normen zunächst keine äußere Macht, sondern eine sittliche Macht, wenn sie auch kein Imperativ der Moral ist.

Drittens verwirklicht das Recht die Moral mit, denn eine innere Nöthigung kann nur an ein sittlich gebildetes Gemüth ergehen, zur Bildung aber bedarf es der Erziehung, und diese kann nur im Frieden des Rechts erfolgen.

Endlich setzt der moderne Staat im Gesetz auch Normen, die dem Moralgebiet zum Theil angehören. Die äußere Sittlichkeit, die er verlangt, ist freilich noch lange keine „Tugend“, und soll es nicht sein, aber sie ist doch auch nicht mehr Recht im engeren Sinne. Die strenge Scheidung zwischen Recht und Moral ist in der Gegenwart, wo das Recht im weiteren Sinne der Staat setzt, nicht möglich und nicht erwünscht.

[1]) Rümelin, Reden und Aufsätze, n. F., Seite 348.

Digitized by Google

Vielleicht dienen die erwähnten sieben Punkte dazu, der neuen Definition einige Zustimmung zu erringen.

Zwei Einwendungen, die nahe liegen, will ich gleich selbst erheben und widerlegen, um den Gegnern zuvorzukommen.

Nach meiner Definition ist die Anerkennung der Normen durch einen Kreis Genossen nicht genügend. Ich sehe nicht in den Statuten jedes Vereins, sei er verboten oder erlaubt, Recht. Ich gestehe den Rechtsbegriff nur der nationalen Gesammtgenossenschaft (Stamm, Nation) und ihren Theilen (Städte 2c.) oder später dem Staate zu. Und zwar aus dem Grunde, weil ich nicht erkenne, wie bei der Annahme solchen objectiven Rechts das subjective Recht sich abgrenzen soll. Wäre dann nicht auch die societas, ja jeder Vertrag ein objectives Recht schaffender Factor? Das Recht der kleineren Genossenschaften ist stets vom Stamme, von der Nation oder vom Staate abgeleitet!

Zweitens scheint das Völkerrecht nicht in die Definition zu passen, noch weniger das Kirchenrecht. Indessen vermag ich in ersterem nur ein internationales Vertragsrecht von Nation zu Nation[1]), und in letzterem nur einen Theil des nationalen öffentlichen Rechts zu sehen.

§ 5.

Die letzte Grundlage des Rechts.

(Der sittliche Geselligkeitstrieb.)

Die letzte Grundlage des Rechts ist der sittliche Geselligkeitstrieb. Dieser Trieb liegt in dem Wesen, im einheitlichen Ich des Menschen, begründet. Wir fühlen uns von ihm getrieben, wir wissen, daß wir ihn haben, wir sehen, daß ihn die Mitmenschen haben, wir lesen, daß ihn die Vormenschen gehabt haben, und wir erfahren durch die Forschung, daß er auch bei den wilden und uncultivirten Völkern in irgend einer Weise sich regt. Daraus dürfen wir schließen, daß er der menschlichen Natur angeboren ist. Der sittliche Geselligkeitstrieb liegt im Wesen[2]) des Geschlechts homo, er ist natura generis. Diese Wahrheit ist schon

[1]) v. Hartmann sagt, es könne ein internationales Recht im eigentlichen Sinne zwischen souveränen Staaten nicht geben (Ges. Studien und Aufsätze A. VI. S. 127—130, Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins Seite 498 Anm.) Allein seine Behauptung stützt sich auf die Annahme, daß nur im Staate Recht möglich sei. Diese Annahme ist durchaus irrig, denn vor dem modernen Staat gibt es Gewohnheitsrecht. Die Voraussetzung des Rechts aber ist die Nation!

[2]) Das Ich ist die Einheit unseres Wesens. Cf. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, Seite 66.

Digitized by Google

von Aristoteles erkannt worden. Freilich hat er dieselbe nur für die Erklärung des Staates verwerthet.[1])

Auf weitere, tiefere metaphysische Fragen einzugehen, ist hier nicht der Ort. Will man eine von außen treibende Kraft, welche wieder hinter diesem Triebe stände, setzen[2]), so ist es die Mehrheit nebeneinander lebender Menschen. Allein dieser scheinbare Zweckgedanke reicht nicht aus, denn auch das Thier lebt in der Mehrheit neben einander, ohne zu dem sittlichen Geselligkeitstriebe zu gelangen. Das Thier gelangt durch die Thatsache der Mehrheit und die dadurch gesetzte Nothwendigkeit des Nebeneinanderlebens nur zum Geselligkeitstriebe.[3])

Dieser thierische Geselligkeitstrieb ist aber von dem menschlichen sittlichen Geselligkeitstriebe wesentlich (d. h. eben durch das „Wesen" des Menschen) verschieden. Die Bienen- und Ameisen-Staaten leben der Gegenwart ihrer Gattung. Es fehlt die Tradition, weil die Begriffsbildung, das Verallgemeinern (ratio) fehlt, was allein die Sprache ermöglicht. Durch diesen Mangel ist der Denkprozeß des Thieres von dem Denken des gegenwärtigen Menschen getrennt.[4])

Der menschliche Geselligkeitstrieb ist ein sittlicher, weil er für die Gattung der Gegenwart und der Zukunft sorgt. Nicht für sich, (der Hund), auch nicht für einen gegenwärtigen zufälligen Haufen von Individuen (die Ameise) muß der Mensch in Folge dieses Triebes sorgen, sondern für die Nebenmenschen und die Nachmenschen.

Indem nun der sittliche Geselligkeitstrieb eine Gesellschaft schafft, die sich durch die Sorge für Gegenwart und Zukunft[5]) immer mehr

---

[1]) Der Mensch ist nach ihm ein seiner Natur nach nothwendig auf den Staat angelegtes Wesen, ein zoon politicon. Cf. Dahn, Bausteine, vierte Reihe, erste Schicht, 1883 Seite 87 und den daselbst Anm. 4 citirten Aufsatz von Prantl (Aristoteles), dessen Lehren Dahn überhaupt lebendig und kräftig im Recht vertritt.

[2]) Etwa um von Iherings Zweckgedanken zu verwerthen.

[3]) Dies ist indessen nur bei einzelnen Gattungen der Fall, z. B. bei den Bienen und Ameisen. Hier ist eine Art Staatenbildung, die freilich nicht fortschreitet, natura generis.

[4]) Cf. Dahn in den „Bausteinen" loc. cit. Seite 299 f. „das Gesetz des menschlichen Denkens, das an die Sprache gebunden ist, erweist sich als Subsumtion alles Einzelnen, scheinbar Zufälligen unter eine höhere Einheit, Allgemeinheit, Nothwendigkeit; umgekehrt ist daher Begreifen die Erklärung des Einzelnen, scheinbar Zufälligen als Erscheinung einer Einheit, Allgemeinheit, Nothwendigkeit d. h. eines Gesetzes". (Darüber, daß der „Zufall" nur ein reinmenschlicher Begriff in der Rechtswelt ist, cf. meine Commissivdelicte ꝛc. Seite 252—289.)

[5]) Hugo Grotius nahm einen auf gegenseitigem Wohlwollen ruhenden Geselligkeitstrieb an. Allein er hatte stets zunächst das Völkerrecht im Auge und übersah das Fortbildungselement (das den Trieb zumeist vom thierischen Geselligkeitstrieb scheidet), die nationale Natur desselben und die Wesensnormen, zu deren Gehorsam er treibt. Weil er die letztern nicht kannte, gründete er den Staat auf Vertrag. — Diese Bemängelungen nehmen nichts von seinem großen Verdienst, das bekanntlich auf anderem Gebiete liegt.

Digitized by Google

vervollkommnet, erwächst aus den mannigfachsten Gebilden heraus (Patriarchenthum, Sippe, Horde, Lehnwesen 2c. 2c.) das Gebild, welches wir den gegenwärtigen Staat nennen, und welches als organisch[1]) aus dem Wesen der Menschen heraus gewachsenes Gebilde niemals durch einen auf Vertrag gegründeten Act erklärt werden kann, weil dies eine Erklärung aus einer Fiction, einer Unwahrheit, wäre.

Der sittliche Geselligkeitstrieb ist nicht blos ein sittlicher Trieb, er ist nicht etwa die Donnerstimme eines kategorischen Imperatives in uns. Sonst wäre er eine Macht für die Moral allein, und nicht für das Recht. Die Moral aber müssen wir von dem Rechte trennen. Denn die edelsten, höchsten Gebote derselben zu verwirklichen ist in der Erscheinungswelt des Staates, der jetzt nicht mit lauter guten und vollkommenen Wesen zu rechnen hat, die den Imperativ der Moral hören, zur Zeit nicht möglich. Wir haben nicht den Gedanken zu richten, sondern den Willen, ja meist nur die gewollte That, also die äußere Erscheinung des Willens. Das ist eine Folge unserer Doppelnatur, die Forderungen an uns als Erscheinungswesen im äußeren Staate sind nicht dieselben wie die Forderungen an uns als an das innerste Wesen „an sich."

Aber der Geselligkeitstrieb muß zugleich ein sittlicher sein. Denn das Recht kann und darf sich nicht von der Moral total loslösen. Die Moral ist und bleibt das Hauptreich, in dem das Recht nur eine Provinz ist. Der Moral gehört die innere Sphäre, dem Rechte gehört die äußere Sphäre an. (Ich habe dies in meinen Commissivdelicten 2c. zu verbildlichen gesucht. Seite 180 loc. cit.) Diese sittliche Seite des Rechts liegt aber vor allem in der Sorge für die Zukunft der Gattung neben der Sorge für den gegenwärtigen Staat.[2])

Diese höhere Einheit des Rechts mit der Moral und die Abtrennung beider Gebiete, die daneben besteht, will ich durch ein Beispiel veranschaulichen.

[1]) Der Trieb wirkt organisch, denn er liegt in einem Organismus und wirkt für das Leben, also für etwas Organisches (ohne Organ kein Leben!) Er ist weder bewußt noch unbewußt, wie auch der Selbsterhaltungstrieb keins von Beiden ist. Cf. über diesen Zitelmann loc. cit. Seite 93, 94, 97, 98.

[2]) Der Vertrag kann diese Seite gar nicht erklären. Das Staatsleben ist ein Zustand der Treue, (denn jeder Trieb ist ein Zustand. Zitelmann loc. cit. Seite 102), für den ein Vertrag so wenig genügt wie für die Ehe; letzterer hilft bei der Construction der Eid der Treue, der beim Staat nicht zu fingiren ist, weil er ja für alle Erben mitgeleistet werden müßte; er ist wohl auch nie fingirt worden. Beim Staatsleben liegt die Treue erst unbewußt im Trieb, später wird sie bewußt erfaßt, aber der Trieb steht auch dann noch hinter ihr. Im Eheleben liegt die Treue im bewußten Willen, aber der Eid deutet, wie stets, darauf hin, daß sie einen bewußten Wesenszustand (also immer neue Imperative vom Ich aus) verlangt. Auch die Kirche zieht, um die Innerlichkeit zu bezeichnen, das Bild der Ehe im „hohen Liede" herbei. Das Geheimniß, wodurch das Ich das Ich findet, verbleibt der Metaphysik als zu lösende Aufgabe für dieses Gebiet.

Digitized by Google

Die Norm für die Tödtung lautet: „Vernichte nicht fremdes Menschenleben!"[1]) Der Kantsche Moralbegriff führt scheinbar zu derselben Norm. Das Grundgesetz der reinen practischen Vernunft lautet: „Handle so, daß die Maximen deines Willens jederzeit zugleich als Princip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten können."[2]) Hieraus folgt die Achtung vor dem Leben der Nebenmenschen. Die Moralforderung deckt sich scheinbar mit der Rechtsnorm.

Allein die Moral Kants betont zu wenig das Füreinandersein. Auch sein Staatsbegriff kennt nur das friedliche Nebeneinandersein, während der moderne Staat alle Gemeinzwecke des Volkslebens, also auch einen Theil des Füreinanderseins, zu verwirklichen hat.[3])

Viel weiter geht die Moral des Christenthums: „Liebe deinen Nächsten wie dich selbst!" Dieser Satz sagt: Liebe dich selbst! (Verbot des Selbstmords, Nichtverletzung der Pflichten gegen sich selbst) und: Liebe jeden Mitmenschen wie dich selbst! Aus letzterem Satz folgt ein Gebot der Nothhilfe gegen jeden Nebenmenschen. Ferner greift diese Moral auch viel tiefer in das Tödtungsverbot ein, denn sie fordert, nicht einmal den Wunsch der Tödtung lebendig werden zu lassen.

Ich will nun in Folgendem die Norm der Tödtung und der Nothhilfe im Recht und in der christlichen Moral neben einander stellen, um Einheit und Scheidung beider zu zeigen.

Die Rechtsnorm lautet: Vernichte nicht fremdes Menschenleben! Daraus leiten sich ab die Verbrechen des Mordes, des Todtschlags, des Todtschlags an Ascendenten, des Mords und Todtschlags begangen an einem ernstlich Einwilligenden, des Kindesmords. Aber alle diese Verbrechen werden erst strafbar wenn sie Anfang der Ausführung der That oder That werden. Die Willensäußerung eines fest entschlossenen aber noch thatlosen Willens könnte kraft besonderen Gesetzes ein besonderes Verbrechen bilden, das aber nie Tödtung wäre. Die Wunschäußerung entzieht sich total dem Recht.

Die Moral sagt: Die leiseste Wunschregung ist Unrecht.

Die Rechtsnorm der Nothhilfe lautet: Hilf dem Nebenmenschen in der Noth, wenn Du es ohne Noth kannst! Unser positives Recht gründet darauf nur die Uebertretung des § 360,[10], es straft nur die Unterlassung der Nothhilfe bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Noth, und auch nur dann, wenn die Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hülfe aufgefordert hat, und schließt bei erheblicher Gefahr die Pflicht aus.

Die Moral fordert Hintansetzung des eigenen Lebens zur Rettung anderer, denn um sich selbst zu retten läßt man keinen Versuch der Rettung unerprobt, und was für uns gilt soll für Alle gelten.

[1]) Binding, Normen II, Seite 508.
[2]) Kant, Kritik der prakt. Vernunft § 7.
[3]) H. Schulze, Preußisches Staatsrecht.

Digitized by Google

Es ließen sich auch auf anderen Gebieten die Einigungspunkte von Recht und Moral leicht nachweisen. Was die Trennungsgrenze betrifft, so ist sie in dem genannten Triebe gegeben. Die Moral fordert das Rechte und Gute um seiner selbst willen in imperativischer Form. Das Recht fordert das Rechte und Gute nur soweit, als es die sittliche Geselligkeit in Gesetz und Gewohnheit verlangt. Darüber hinaus darf es nichts fordern, es darf nicht in das Gebiet der Moral im engeren Sinne eingreifen, wenn es nicht seinem eigenen und jener Wesen schaden will. Wollte das Recht die Besitzergreifung als Egoismus, die Strafe als verwerfliches Rächen statt Verzeihen auffassen, so würde es in der äußeren Region, die es beherrscht, seine Herrschaft verlieren. Die reinen Moralnormen könnten allein nur dann die Menschen fortentwickeln, wenn sie von Allen in jedem Falle befolgt würden. So lange dies nicht der Fall ist, ist das Recht neben der Moral unentbehrlich. Hierdurch gewinnt das Recht in der Erscheinungswelt, obwohl es hinter der Moral zurücksteht, eine hohe Bedeutung. Das Recht ist es, welches in seiner äußeren Friedensgenossenschaft die Entwickelung der Moral, der Wissenschaft, der Kunst zc. in der Zeit eben durch seinen äußeren Frieden ermöglicht. Die Rechtswissenschaft ist die königliche Wissenschaft in der Erscheinungswelt.

Wir sehen also, daß wir trotz aller hohen und gewaltigen Ziele der Moral und aller kategorischen Imperative doch des das Recht bildenden sittlichen Geselligkeitstriebes in der Menschenwelt nicht entbehren können. Die Moral fordert ein „Soll“; aber nur das „Muß“ des Rechtstriebes kann schaffen, daß dieses Soll sich ausbreite.

Es gibt einen einzigen Einwand, der gegen die Thatsache des sittlichen Geselligkeitstriebes im Wesen des Menschen gemacht werden kann. Man kann sagen: es gibt Menschen, welche die sittliche Geselligkeit nicht wollen, welche weder der Gegenwart noch der Zukunft ihrer Gattung zu nützen bestrebt sind. Diese Bewegungen, welche selbst von den Revolutionen verschieden sind, weil sie nicht eine andere sittliche Gesellschaft, sondern überhaupt keine und nur den Umsturz wollen, um in grenzenloser Freiheit ihrem Egoismus zu fröhnen, sind ja mit ihrem Nihilismus der Gegenwart leider nicht fremd, und haben zu allen Zeiten, wenn auch nicht in dem Maße, existirt. Man darf mit Recht sagen, daß diese Leute nicht mehr ein menschliches Ziel, sondern ein ungeselliges, wenigstens sittlich ungeselliges Thierleben erstreben.

Widerlegen diese Bestrebungen die Thatsache des sittlichen Geselligkeitstriebes? Durchaus nicht. Sie beweisen nur, daß dieser Trieb im Wesen aber nicht hinter dem Wesen des Menschen liegt. Die Freiheit des Ichs kann selbst diesem Triebe widerstehen. Aber dieser Widerstand ist unmenschlich, er ist thierischer, nur egoistischer Trotz gegen die natura generis. Deßhalb ist er in allen Zeiten auf den heftigsten

Digitized by Google

Widerstand der millionenmal überwiegenden Mehrheit gestoßen, und wird zu allen Zeiten vernichtet werden. Denn unser Leben hat ein menschliches Ziel und kein thierisches, und wir sind des genus homo unwürdig, wenn wir von der Gabe unserer unbedingten Freiheit unseres Wesens[1]) einen rein thierischen[2]) Gebrauch machen.

---

[1]) Es ist das Große dieser Freiheit, daß sie nicht nur hinter den Motiven steht (sie stärkt diese aus Reizen zu Motiven, einige gern und regelmäßig, aber keine nothwendig, wie Schopenhauer annimmt) sondern daß sie sogar dem Rechtstriebe trotzen kann. Den Motiven gegenüber kann das Wesen (das Ich) nichtwollen, dann bleiben sie Reize. Im Reiche der Moral kann das Ich nichtwünschen, dann werden die Reize nicht einmal Wunsch. Dem Rechtstriebe gegenüber aber erscheint das „nicht als Rechtswesen leben wollen" stets als Trotz. Somit wie der Mensch in die Mehrheit der Menschen eintritt, die er vorfindet, fühlt er den Trieb, rechtlich mit diesen Nebenmenschen zu leben, und als Erwachsener fühlt er denselben dann in seinem weitesten Umfange als Trieb für die sittlich gesellige Fortentwickelung der Mitwelt und Nachwelt.

[2]) Das Wort „thierisch" gebrauche ich durchaus nicht in dem Sinne, daß ich etwa allen Thiergattungen den Geselligkeitstrieb abstreiten wollte. Aber ich behaupte, daß keine einzige Thierart den sittlichen Geselligkeitstrieb hat, den ich definirt habe. Schon ein Umstand hindert die Thiere, sich denselben zu erwerben, das Fehlen der begriffsbildenden Worte, der Sprache, und das daraus folgende totale Fehlen der Tradition und der geistigen Fortbildung von Geschlecht zu Geschlecht im ewigen Erbrecht. Ich führe für meine Ansicht zunächst die Juristen v. Jhering und Dahn an. Da aber in dieser Hinsicht die Stimme eines Fachmanns schwerer wiegt, will ich an dieser Stelle die Forschungen von John Lubbock (Ameisen, Bienen und Wespen, Beobachtungen über die Lebensweise der geselligen Hymenopteren) erörtern, die aus jüngster Zeit stammen (Internationale wissenschaftliche Bibliothek LVII. Band 1883) und deren Behauptungen durch unglaublich-fleißige, jahrelange Beobachtungen unterstützt werden. Nach Lubbock erscheint es ganz unzweifelhaft, daß wir z. B bei den Ameisen ein geselliges Leben finden, das sehr stark an den Staat erinnert. Diese Thiergattung, die schon in einzelnen Nestern zuweilen bei 500,000 Stück gesellig zusammenlebt — bei der Colonienbildung ist die Zahl eine ganz ungeheuere (Lubbock loc. cit. Seite 20) — besitzt Königinnen, Arbeiter, Wachen, Soldaten (loc. cit. Seite 18, 54). Sie kennt die Arbeitstheilung in ausgedehntem Maße (Seite 19. Seite 37 und Anhang A: Tabellen zu den Versuchen über Arbeitstheilung mit Sklaven von Formica fusca und Sklaven von Polyergus Seite 276-284), legt zum gemeinen Nutzen Straßen an (Seite 21, nach Hamlet Clark sogar Tunnel unter Flüssen weg) und kennt vielleicht sogar Scheinkämpfe zur Uebung (Seite 24 loc. cit.) Noch interessanter ist die Thatsache, daß die Ameisen die Blattläuse pflegen, um die Aphiden buchstäblich zu melken (Seite 56 loc. cit. Schon Linné sagt: Aphis formicarum vacca) und daß sie Sklaverei treiben (Seite 67 f.), ja sogar durch den verderblichen Einfluß der Sklaverei Kunst und Instinkt verlieren, und verächtliche Parasiden ihrer eigenen Sklaven werden (Seite 74). Alles das müssen wir zugestehen. Aber alles das beweist nicht die Möglichkeit einer Begriffsbildung, einer Willenssprache und eines nur darauf beruhenden Rechts. Wie die Ameisen dazu kommen, ein solches Gemeinwesen zu bilden, könnten wir nach meiner Theorie nur dann ganz verstehen, wenn wir Ameisenwesen wären. Indessen die zahllosen genauen Versuche Lubbocks geben entschieden zu berechtigten Vermuthungen Grund. Dieser sieht sich gezwungen, gerade die für uns wichtigsten Staatenbildenden Momente nicht auf Tradition oder Erziehung, sondern auf Instinkt zurückzuführen.

Digitized by Google

§ 6.

Die erste Form der Aeußerung des sittlichen Geselligkeitstriebes.

Die erste Form der Aeußerung des sittlichen Geselligkeitstriebes ist eine imperativische. Dies liegt im Wesen des Willens, der im Recht herrscht. Dem „Ich will" muß formell „Du sollst!" entsprechen.

Aus diesem Grunde muß das ganze Recht aus einzelnen Imperativen bestehen, die wir Normen nennen. Die Form des positiven Gesetzes selbst braucht deßhalb nicht imperativisch zu sein. Aber es stehen hinter jedem Gesetz[1]) imperativische Normen. Die Gesetze erklären und belehren nicht, sondern wollen zunächst![2]) Die Norm muß imperativisch sein, weil sie nicht nur gehört, sondern befolgt sein will. Eine Er-

---

Die verschiedenen Sorten von Arbeitern, die im Körper abweichen, werden nach ihm von den Bewohnern des Nestes instinctiv durch Modification der äußeren Umstände hervorgebracht (Seite 19), und die Königinnen von Myrmica ruginodis haben den Instinct, Larven aufzuziehen und ein Volk zu gründen (Seite 27), wie die Ameisen neben den Bienen die Fähigkeit haben, aus einem und demselben Ei entweder eine Königin oder einen Arbeiter zu ziehen (Seite 34). Eine wirkliche Sprache spricht ferner der Naturforscher den Ameisen ab. „Selbst wenn die Ameisen und Bienen sich durch Bewegungen der Organe liebkosen, Liebe, Furcht, Zorn u. s. w. ausdrücken können, so folgt daraus nicht, daß sie Thatsachen erzählen oder Oertlichkeiten beschreiben können" (Seite 124). Gewöhnlich stützt man das Sprachvermögen dieser Thiere darauf, daß, wenn eines Futter gefunden hat, bald eine Menge anderer sich dort einfindet. Allein Lubbock sagt mit Recht, daß eine geringe Intelligenz erforderlich ist, um den Freund mitzulocken. „Wenn dagegen die Ameise oder Biene den Ort beschreiben und ihre Freunde zum Futter hinschicken kann, dann liegt die Sache ganz anders" (Seite 134). Gewiß, denn dann wären Begriffe und Sprache vorauszusetzen! An zahlreichen Versuchen zeigt nun Lubbock, daß ein solches Erzählen und Hinschicken nicht stattfindet, er sagt u. A.: „ich kann mir kaum denken, daß sie ein so langsames Verfahren einschlagen würden, wenn sie ein irgend beträchtliches Vermögen besäßen, sich beschreibende Mittheilung zu machen" (Seite 143). Wo es aber keine Sprache, keine Begriffe, keine Mittheilung, keine Tradition gibt, da fehlt der verallgemeinernde Willensbefehl der Norm, und wir können allen Denen, die uns gegenüber immer von Ameisenrecht 2c. sprechen, unter Berufung auf einen exacten Naturforscher (der gewiß an seinen Lieblingen Alles gelobt hat was zu loben ist) entgegnen: Den sittlichen Geselligkeitstrieb hat nur der Mensch, er ist natura generis humani! Allen Juristen aber, die sich für den thierischen Geselligkeitstrieb interessiren, sei Lubbock's Buch auf das Wärmste empfohlen. — Nicht die wirklich exacten Forscher sind es, welche die Grundlagen des Rechts angreifen!

[1]) Auch hinter dem Civilrecht. Cf. meine Commissivdelicte 2c. Seite 49, und Thon, Rechtsnorm 2c. Seite 3.

[2]) In der Moral befiehlt das Ich an sich dem Ich der Erscheinung. Das ist kein Wille sondern Gewissensbefehl.

Digitized by Google

klärung eines Gedankens kann man aussprechen, die Erklärung eines Willens muß man befehlen.

Allein wir dürfen einen Umstand neben der Normentheorie nicht aus dem Auge lassen. Das letzte im Recht bleibt doch der auf das Wesen wirkende Trieb, der die Normen sowohl schafft als sie befolgt. Das Rechtsgesetz ist das Gesetz jedes einzelnen Menschen selbst! So erfreulich die Zustimmung zur Normentheorie in der Wissenschaft zunimmt[1]), so wenig erfreulich ist das Fehlen eines Ersatzes für den „allgemeinen Willen“ Hegels, nachdem die Philosophie Hegels in der Jurisprudenz die schwersten Bedenken mit ihrer Dialectik hervorgerufen hat. Auch Thon hat diesen Ersatz m. E. nicht gefunden, obwohl er die Normentheorie mit so großem und gutem Erfolge verwerthet. Er stimmt Hegel zu (Seite 1, mit einem philosophischen Zweifel in Anm. 1), behauptet aber andrerseits „die Befugniß der legislativen Organe, ihren Willen als Willen des Staates zu setzen, wird freilich in letzter Instanz immer nur auf eine gewohnheitsrechtliche Satzung zurückzuführen sein.“ Nun fehlt aber der Gewohnheit allein die tiefere, den Menschen zum Recht zwingende Macht. Die Behauptung „Insofern ist das Gesetz nur eine abgeleitete Rechtsquelle“[2]), gibt daher auch dem Gesetz keine Begründung, weil die tiefere Begründung für die erste Rechtsquelle fehlt. Später findet sich bei Thon eine Hegelsche Begründung[3]) für beide Rechtsquellen, denn er sagt „der Werth der Normen besteht in der ganzen Wucht des allgemeinen Willens“, und sagt andererseits mit Bekker[4]) vom Gewohnheitsrecht, es sei zunächst ein bloße (nackte) Norm.[5])

Meiner Ansicht nach kann der Imperativ der nackten Norm nicht allein Recht schaffen. Da ich an Hegels „allgemeinen Willen“ nicht glaube, ist für mich nach einem Postulate meiner Vernunft der sittliche Geselligkeitstrieb die Grundlage für die Setzung der Normen in Gesetz und Gewohnheit sowohl wie für den Gehorsam gegen die Normen und für ihr Wirken.

§ 7.

Die nationale Natur der imperativischen Rechtsnorm.

Die erste Aeußerung des sittlichen Geselligkeitstriebes ist die imperativische Rechtsnorm in der Gewohnheit, dann im Gesetz.

---

[1]) Ich verdanke meine Ueberzeugung in dieser Hinsicht Binding. Auch Thon bekennt „die Anregung — verdanke ich hauptsächlich dem Werke Bindings (die Normen I. 1872 II. 1877), dessen Ergebnisse ich bestrebt war, für das civilistische Gebiet zu verwerthen“ (Rechtsnorm 2c. Seite VII.)

[2]) Seite 1 Anm. 4 loc. cit.

[3]) Seite 7 loc. cit.

[4]) Aktionen I. Seite 11.

[5]) Rechtsnorm 2c. Seite 7 Anm. 20.

Digitized by Google

Es muß aber, wie sich aus der Weltgeschichte und der Rechtsgeschichte, zunächst also aus der Erfahrung ergibt, im Wesen des Menschen etwas Nationales liegen, was der Norm einen nationalen Charakter gibt.

Dahn[1]) sagt mit Recht: „Das Volksgefühl ist jene Harmonie des berechtigten Individualismus und der pflichtmäßigen Hingabe, welche (Harmonie) in allem Menschlichen das Ideale ist, (also ebenso verwerflich der nationale Indifferentismus wie der inhaltlose Kosmopolitismus.) Die Menschheit verwirklicht allerdings ihr und das Weltgesetz: aber nicht abstract, sondern nur concret in der Summe der einzelnen Volkscharaktere. Die richtige Subsumtion des Einzelnen unter seinem Artbegriff ist daher der innigste Zusammenschluß mit seiner Volksthümlichkeit. Nationalismus ist also nicht ein barbarisches Vorurtheil, sondern die richtige Form des Kosmopolitismus. Daß der Nationalismus[2]) zum Theil auf Naturtrieb beruht, (anders der Politismus), ist kein Vorwurf, sondern seine beste Rechtfertigung: er theilt sie mit Sprache, Familie und Kunst."

Der Nationalismus ruht aber nicht nur „zum Theil" sondern in seinen Anfängen ganz auf Naturtrieb. Denn was ist denn die Nationalität Anderes, als „der Naturtypus, der, wie die Racenbestimmtheit die Racen, der Familientypus die Familien, so die Nationen unterscheidet, der nichts Erworbenes, sondern ein Angeborenes ist, nichts Gemachtes sondern ein von Natur Gesetztes?" (Erdmann, „Ernste Spiele" Seite 237). Aber das freie, innerste Wesen des Menschen liegt, wie hinter allen Trieben, auch hinter dem Nationaltrieb. Es wird von diesem getrieben, aber nicht unbedingt nothwendig. Es kann jedem Nationaltrieb trotzen (heimathlose Nihilisten), sich in grellen Widerspruch mit der menschlichen Natur setzend. Es kann seinen Nationaltrieb aufgeben und sich, weil etwa der betreffenden Nation Recht und Heimath fehlt, einer anderen Nation in der Zeit anschließen. Immer aber wird den Grundstock jeder Nation der natürliche Nationaltrieb bilden.

Der Forderung, daß der Trieb nicht „nationaler Indifferentismus" werden solle, kommt das Recht, soweit es nationales Verkehrsrecht ist, im vollen Maße im Völkerrecht und im Handelsrecht 2c. nach. Würde aber der Forderung Einiger genügt, das internationale Recht zum einzigen zu machen, so würde bei dieser Verleugnung des Naturtriebes auch im Recht ein „inhaltloser Kosmopolitismus" die Folge sein und wir würden unser eigenes Wesen verleugnen.

Eine andere Frage ist die, ob neben der nationalen Norm die Stammesnorm eine Berechtigung hat. Wir sind eine deutsche Nation, bestehen aber aus Stämmen. Diese Frage werde ich de lege ferenda

---

[1]) Bausteine, Vierte Reihe: Erste Schicht. 1883. Seite 303.

[2]) Als Beispiel deutschen Naturtriebes nenne ich die strenge Forderung von „Treue und Glauben" im Verkehr.

Digitized by Google

insbesondere beim Familienrechte, später zu lösen suchen. Auf jeden Fall ist die Stammverwandtschaft innerhalb einer Nation streng von der Nationalität zu scheiden, die vor Allem eine in der Sprache sich offenbarende Beschaffenheit einer, in natürlichen Grenzen und durch natürliche Bande entstandenen Gemeinschaft ist.[1])

Daß die mittelalterliche Kirche, allem Natürlichen Feind, die Nationalität wie das nationale Recht verdammte, ist bekannt[2]), aber dieser Verdammungsspruch, der auch noch heute ertönt, geht von einer Kirche aus und nicht von der Moral, ist deßhalb auch von keinem Belang und ist zu ignoriren. Durch die Reformation ist zudem der Begriff der nationalen oder der Landeskirche ins Leben getreten.[3]) Daß es heute noch ein rein internationales Kirchenrecht gebe, stelle ich in Abrede. Alle Einwendungen von dieser Seite aus fallen in sich selbst zusammen.

Warum aber bleibt für das Recht nur die gegebene Form, d. h. warum konnte sich das Recht nicht anders ausbilden?

Damit kommen wir bis an die Schranke der möglichen Erklärung, an die Erklärung der Wesensnormen, die ich an besonderer Stelle erläutern werde.

§ 8.

Die Entwickelungsgeschichte des Rechts.

Was heißt Entwickelungsgeschichte? Aufzeichnung in der Gegenwart von der Reihe der Erscheinungen eines Dinges in der Vergangenheit. Diese Aufzeichnung muß eine ungenaue sein, denn die Reihe verläuft stets in Zeiten, die wir nicht durch die Tradition 2c. kennen. Sie muß aber auch deßhalb ungenau sein, weil in unendlich kleinen Zeittheilen von uns unbemerkte unendliche Erscheinungen liegen. Der Begriff des Werdens ist in seiner letzten Tiefe von uns unerfaßbar und undarstellbar.

Gilt das Gesetz auch für die Entwickelungsgeschichte des Rechts? Gilt die alte Wahrheit: „Alles ist im ewigen Flusse!" auch für unsere Wissenschaft?

Wir müssen, um das zu erforschen, auf den Begriff der Geschichte zurückgehen.

Weltgeschichte im naturwissenschaftlichen Sinne wäre eine Geschichte aller äußeren Bewegungen in der Welt. Es ist aber Alles in ewiger Bewegung (auch das unorganische, und wäre es nur — abgesehen von

[1]) Erdmann „Ernste Spiele" Seite 239.
[2]) Erdmann loc. cit. Seite 243.
[3]) Erdmann loc. cit. Seite 243.

Digitized by Google

inneren, chemischen Bewegungen — in der mechanischen Bewegung der Weltkörper.)

Weltgeschichte im eigentlichen Sinne wäre noch mehr: es wäre eine Geschichte aller äußeren und inneren Bewegungen der Erscheinungen und aller Vorgänge[1]) in dem Dinge an sich. Sie müßte also. z. B. alle Vorgänge in dem Ich, die für ein anderes Ich als Ding an sich unfaßbar sind, mitumfassen. Diese Weltgeschichte im höchsten Sinne ist für uns ein unerreichbarer Begriff.

Weltgeschichte im historischen Sinne ist eine Geschichte der menschlichen Handlungen, sofern sie vorwiegend für die Menschheit und nicht vorwiegend für den Einzelnen von Bedeutung sind.[2]) Hier sind die innern Motive, die ausgesprochenen Gedanken, wie die Willensakte, ebenso die äußeren Einwirkungen (Geographie), endlich das stille Leben der Kultur, welches zwischen den Umwandlungen der Geschichte liegt, von ebensolchem Belang, wie die Haupt- und Staatsactionen.

Wir betreten hier das Gebiet des Menschenthums. In Folge des sittlichen Geselligkeitstriebes wäre die zusammengestellte Lebensgeschichte aller Einzelnen keine Menschheitsgeschichte. Das Nebeneinanderleben kommt hier nur in Betracht, soweit es vorwiegend ein Füreinanderleben ist.

Der sittliche Geselligkeitstrieb bleibt bei der Bildung der Nation bei einem bedeutungsvollen Abschlusse stehen, wenn auch Pulsadern des Verkehrs und jetzt auch der Friedensliebe und des Füreinanderseins von Nation zu Nation strömen. Deßhalb kann die Weltgeschichte die Nationen neben und für einander betrachten, sie kann aber nicht rein kosmopolitisch von dem Begriff der Nation, den unser Wesen zu fordern scheint, abstrahiren.[3])

Die Geschichte des Rechts ist ein Theil der Menschheitsgeschichte, daher muß von ihr gelten, was vom Ganzen gilt. Auch hier spielt das Kulturleben, das Walten äußerer Verhältnisse ꝛc., dieselbe Rolle, auch hier kommt das Recht im nationalen Rechte zu einem festen Abschlusse, von dem aus keine Brücke zum reinen Kosmopolitismus[4]) führt, wie diese die Moral bauen könnte.

---

[1]) Auch die Vorgänge gehen ewig vor, wie sich die Erscheinungen ewig bewegen. (Ueber den Begriff der Vorgänge vergleiche meine Commissivdelicte durch Unterlassung Seite 167.) Cogito ergo sum!

[2]) Ich betone das Wort „vorwiegend“. Jede Handlung des Einzelnen, so egoistisch sie ist, wirkt kraft des ewigen Erbrechts auch für das Allgemeine.

[3]) Cf. Dahn, Bausteine loc. cit. Seite 156.

[4]) Cf. Dahn loc. cit. Seite 157 „So schließt unsere kurze Skizze nicht mit dem Ausblick in die Utopie eines Menschheitsrechts, in welchem die National-Charaktere ausgelöscht wären, sondern mit der Hoffnung auf den durch Recht und Cultur herzustellenden Verband unter den gleichberechtigten National-Individuen.“ Eine Weltsprache und ein Weltrecht sind eine „Utopie“. Aber ein Verkehrsrecht und eine Verkehrssprache für den Verkehr zwischen den Nationen sind einst beide sehr wohl möglich, ohne daß die nationale Sprache und das nationale Recht dadurch verdrängt zu werden brauchte.

Digitized by Google

Allein die Rechtsgeschichte ist von der Weltgeschichte durch eine scharfe Grenze getrennt, wenn sie auch in ihrem inneren Grunde auf gleichem Boden wurzelt. Sie ist ein Zweig der Menschheitsgeschichte, der sein Leben von dem einen Stamme empfängt, der in dem Moment Wurzel faßte, wo der Culturmensch sich die Erde unterwarf. Und wir können den Punkt angeben, wo sich dieser Zweig von seinem Stamme trennt.

Fassen wir die Rechtsgeschichte als Entwickelungsgeschichte des Rechts, so müssen wir den Stamm der Menschheitsgeschichte prüfen. Denn diese Entwickelungsgeschichte umfaßt das werdende Recht mit, das wir nicht positives Recht nennen, und das sich im ewigen Flusse der Dinge mit diesen gestaltet. Hiermit stoßen wir auf die Entwickelung der Lebensverhältnisse, die von der allgemeinen Menschheisgeschichte nicht zu trennen ist.

Ganz anders steht es, wenn wir nur die Rechtsverhältnisse, nicht das werdende Recht, sondern das gewordene Recht, betrachten.

Zwar liegt nach Kant ja schon in der Betrachtung der Lebensverhältnisse und des werdenden Rechts nur eine Betrachtung der Erscheinung, die mit menschlichem Begriff und Namen genannt wird, ohne daß wir Sinnenwesen das Ding an sich erfassen. Allein bei der Benennung und Betrachtung der Rechtsbegriffe handeln wir so zu sagen noch weit menschlicher, wir betreten das Gebiet des reinen Menschenthums. Denn wir schaffen einen Begriff, der wiederum aus werdendem Recht gewordenes also eigentliches Recht schafft, während wir beim werdenden Recht nur einen menschlichen Begriff schaffen.

Dieser erste den zweiten Begriff des gewordenen positiven Rechts schaffende Begriff ist der Begriff des Rechterzeugenden Factors. Wir dürfen diesen Factor nicht Recht nennen, denn jedes Recht ist erst von ihm geschaffen.

Der rechterzeugende Factor ist der sittliche Geselligkeitstrieb unmittelbar. Dieser Trieb treibt uns, in sittlicher Geselligkeit für die Entwickelung der Mitmenschheitsgemeinde und Nachmenschheitsgemeinde von der Grundlage der Nation aus zu sorgen. Daraus folgt seine Anforderung: lebe nach allgemeinen für eine bestimmte Menschengesellschaft giltigen äußeren Normen! Dieser Trieb ist verschieden von Kants kategorischem Imperativ, dessen Donner viel tiefer dringen, denn sie fordern allgemeine Normen für unser inneres Verhalten (d. h. für das Verhalten ohne Rücksicht auf das Wohl des gegenwärtigen und zukünftigen Staates) um des Guten und Rechten selbst willen, und dessen gewaltige Stimme viel weiter tönt, denn sie hallt über die Schranken der Nationen hinaus über den Erdkreis.[1])

[1]) Freilich hören in Wirklichkeit nicht alle Nationen denselben in gleicher Weise. Es ist eben auch in der Moral mit angeborenen Dingen eine mißliche Sache! Hier wie im Recht muß die Erziehung in ewigem Erbrecht die Menschheit fort-

Digitized by Google

Dieser Trieb für die Schaffung äußerer Normen für eine bestimmte Menschengesellschaft fordert Unterordnung des Speciellen unter das Allgemeine, er fordert der Natur der menschlichen Denkgesetze nach eine ratio[1]), ein Gesetz. Dieses Gesetz muß auch für den rechterzeugenden Factor, den Trieb, die Form bilden, denn somit wie in ihm der hier nicht weiter zu definirende Rechtstrieb sich äußert, kann er sich nur in der menschlichen Denkform äußern.

§ 9.

Die drei Wesensnormen.

Die Wesensnormen sind die nächste Quelle des positiven Rechts. Hinter ihnen steht der Rechtstrieb, vor ihnen liegen die positiven Rechtssätze über die Rechtsquellen. Aber sie haben nicht die Willensform des Rechts, sondern den vom eigenen Ich ausgehenden Imperativ, der sich aber nicht auf die Moral, sondern auf den Trieb gründet. Der Trieb treibt, weiter läßt sich von ihm nichts sagen. Aber das Erscheinungsich befiehlt auf Grund des Triebes in der Form: es muß!

Die erste unmittelbar aus dem Rechtstriebe stammende Norm lautet:

I. Es muß unter einer bestimmten Menschengesellschaft eine Norm für das äußere Verhalten[2]) bestehen, um sie selbst und die folgenden Geschlechter im ewigen Erbrecht fortzuentwickeln.

Die Norm ruht für das Recht auf dem in unserem Wesen liegenden Triebe. Die Moral billigt die Norm noch aus einem tieferen Grunde: Wir danken Alles der Vorwelt und schulden daher Mehr der Zukunft, wir handeln deßhalb nur dann gut, wenn wir diese Schuld

---

bilden. Aber die Fähigkeit für die Erkenntniß des Guten und Bösen muß eine allgemeine sein, wie aus unserem Rechtstrieb allgemeines Verständniß für Recht und Unrecht folgt. Sonst könnte die Erziehung nichts helfen. Man versuche es doch, und erziehe einen Affen zum Staatsbürger! — von Hartmann sagt, die Ordnung sei der Anfang für alle höhere Formen (Phänomenologie Seite 486.) Aber daraus, daß brutale Gewalt Affenheerden ordnet, zu schließen, daß die Menschen aus Affen hervorgegangen sind, die, wie die Mandrille und Paviane, in Heerden lebten, ist nicht erlaubt. Die Paviane haben keine Tradition, weil sie keine Begriffe bilden, kein ewiges Erbrecht, sie entwickeln sich geistig nicht weiter. Von einem Staatsleben ist hier keine Rede. von Hartmann sollte Lubbock (Ameisen, Bienen, Wespen) citiren, dort würde er finden, daß Thierstaaten existiren, aber sich nicht vervollkommnen, weil die Begriffe und die Tradition fehlen! Das Wort ist der Mensch!

[1]) Ratio ist hierfür das rechte Wort. Das „Gesetz" im populären Sinne ist ratio scripta. Daß in der „ratio" das Verallgemeinern und daraus Schließen liegt, das dem Thiere fehlt, habe ich Seite 269 Anm.*) meiner Commissivdelicte durch Unterlassung klargelegt.

[2]) Das Verhalten umfaßt das Handeln und das Unterlassen.

Digitized by Google

im ewigen Erbrecht durch die durch das Recht erst ermöglichte Testamentsvollstreckung der über dem Einzelnen stehenden Gesammtheit abzahlen. Ein Erbe, der Viel erbt und seinen Kindern nichts hinterläßt, handelt nicht unrecht aber er handelt böse, denn er liebt sich mehr als seine Kinder. Indessen ist durch den Rechtstrieb dafür gesorgt, daß auch Individuen, die die Stimme der Moral nicht hören wollen, sich aus sich selbst gezwungen fügen; den widerstrebenden Einzelnen, die ein unsittliches ungeselliges Bestienleben[1]) neben einander und gegen einander erstreben, widersetzt sich aber aus dem angegebenen Grund nicht nur der Rechtstrieb, sondern auch das moralische Gefühl der Allgemeinheit.

Die zweite Norm lautet:

II. Diese die Allgemeinheit zwingende Norm muß eine äußere bestimmte Form haben!

Die erste und die zweite Norm sind noch nicht Recht. Die erste Norm entquillt unmittelbar dem sittlichen Geselligkeitstrieb, die zweite Norm liegt im menschlichen Wesen begründet, denn Alles, was von dem Sinnenwesen erkannt werden soll, muß eine äußere Form haben. Um wie viel mehr Etwas, was nicht nur erkannt werden soll, sondern wonach man sich richten (Recht!) soll.

Diese beiden Normen bestehen also vor allem gesetzten oder ungesetzten Recht. Sie brauchen deßhalb auch nicht im Gesetz oder in der Gewohnheit sich erst zu verwirklichen. Im Gesetz sind sie nicht direct ausgesprochen, denn sie liegen in seinem Begriffe. Sobald das Gesetz da ist sind sie da. Wir dürfen auch aus dem weit überschätzten Wesen der Gewohnheit nicht folgern, daß sie etwa erst durch Gewohnheit entständen. Eine Gewohnheit kann man sich abgewöhnen. Einen Trieb kann man verleugnen, man wird sich aber immer getrieben fühlen und ihm von Neuem trotzen müssen. Es bleibt keine andere Begründung übrig als die von mir gegebene.

Die dritte Wesens-Norm lautet:

III. Es muß eine jede Norm die Form der Gewohnheit oder des Gesetzes haben, wenn sie die Allgemeinheit zwingen soll.

Auch diese Norm besteht vor dem gesetzten oder ungesetzten Recht, denn es ist, wie ich zeigen werde, eine dritte Form neben den beiden

---

[1]) Die großen Unterschiede des gegenwärtigen Menschenlebens vom Thierleben habe ich in den Commissivdelicten durch Unterlassung betont. Ich führe jetzt noch Dahn für mich an: „So wenig im Lied des Vogels eine Vorstufe der menschlichen Tonkunst, so wenig liegt in dem sogenannten „Bienen-Stat", „Ameisen-Stat" eine Vorstufe des menschlichen Rechts . . . . . man erneut in jüngster Zeit den Mißbrauch, den das „Naturrecht" zur Zeit der Aufklärungs-Philosophie mit dem „Bienen- und Ameisen-Stat" getrieben hat." Bausteine loc. cit. Seite 151. Cf. meine in dieser Abhandlung gegebene Darstellung nach den exacten Forschungen Lubbocks.

Digitized by Google

genannten logisch nicht möglich. Das allgemeine Denkgesetz aber besteht vor dem speziell durch dieses Gesetzten.

Bevor wir zur näheren Erläuterung der Norm III übergehen, bedarf es noch der Abweisung eines naheliegenden Mißverständnisses, welches aus dem Umstand entspringen kann, daß in den positiven Rechten Sätze über Gesetz und Gewohnheit enthalten sind.

Das Recht ist die Welt des Willens, und durch diese Kennzeichnung von der übrigen Welt abgesondert.[1] Die einzelnen Willen bedürfen stets eines Reizes von außen, sei es eines Gegenwärtigen, sei es eines Vergangenen.[2] (Cf. meine Commissivdelicte d. U. Seite 180.) Hieraus ergibt sich, daß es kein Recht a priori[3]), kein von den Dingen um uns her und von der Tradition über diese Dinge abstrahirendes Recht geben kann, daß die Vernunft kein allgemein gültiges Naturrecht schaffen kann, sondern nur das nationale gegebene Recht fortentwickeln kann, ebenso wie in der Naturforschung sich keine Neuschaffung der Dinge in der Jetztzeit sondern eine Fortentwickelung zeigt.

Ist es nun ein Widerspruch, wenn ich die drei Normen, die ich die drei Wesensnormen nenne, für a priori gesetzte, in unserem Wesen liegende (ohne daß dadurch die Freiheit, der Trotz unseres Wesens, verletzt würde) annehme? Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie Willensnormen wären. Das sind sie aber nicht; sie bedürfen keines besonderen Reizes von außen; sie sind Wesensnormen, welche die natura generis regeln.

Sofort wie aber etwa die dritte Norm dahin verändert würde:

---

[1]) Hieraus ergibt sich zugleich, daß alle Theorieen, welche den Willen zu modificiren suchen, an den Grundelementen dieser Welt, die nur durch und mit dem Menschen existirt ohne außerhalb desselben irgendwelche Existenz (wie die ewigen Naturgesetze) zu haben, schütteln und rütteln. Hertz meint, es sei eine vorgefaßte, mit der Würde unserer Wissenschaft jedoch schwer vereinbare Meinung, zu glauben, daß das Dogma von der Willensfreiheit ein Anrecht darauf habe, daß die Jurisprudenz ihm noch diejenige Stütze gewähre, die es in anderen Wissenschaften thatsächlich längst nicht mehr finde. Ich habe diese anderen Wissenschaften daraufhin geprüft und gefunden, daß diese Willensfreiheit ein haltloses Dogma ist; nicht aber ist dies die Annahme der Freiheit unseres Wesens. Der Wille ist motivirt, aber frei! Dies wiederum konnte nur durch die Erwägung der letzten Frage (denn das Wesen ist das Letzte) erörtert werden. Von „metaphysischen Abwegen" kann bei solcher Erörterung keine Rede sein („Unrecht" Seite V. und VI.) Der Beweis für die Berechtigung meiner Theorie findet sich in meinen Commissivdelicten durch Unterlassung.

[2]) Das Vergangene wirkt in der innern Welt durch Reize theils aus dem Gedächtniß über das Erlebte, theils aus dem Gedächtniß über das durch das ewige Erbrecht in der Ueberlieferung und Erziehung Empfangene.

[3]) Cf. hierüber die vortreffliche Aeußerung Kants in der Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre § B. „Was ist Recht?"

Digitized by Google

Nur die Gewohnheit ist Rechtsquelle!
oder:
Nur das Gesetz ist Rechtsquelle!
oder:
Gewohnheit ist neben dem Gesetz Rechtsquelle!
oder:
Gewohnheit und Gesetz sind gleichstarke Rechtsquellen!

lägen Willensnormen vor, die nur einem bestimmten nationalen Recht, geweckt durch bestimmte äußere Reize, angehören könnten. Wir müßten, um eine solche Norm zu erörtern, uns sofort auf den Boden eines positiven Rechts begeben. Indem wir aber die dritte Norm von den von mir angeführten Willensnormen über Gesetz und Gewohnheit abtrennen, erhalten wir die Berechtigung, das Wesen des Gesetzes und der Gewohnheit, abgesehen von jeder positiven Gesetzgebung, als Rechtsquellen überhaupt zu erörtern. Ja diese Erörterung ist geboten, denn sie muß erst nachweisen, daß diese beiden Formen im Wesen des homo sapiens liegen müssen, während dieser Nachweis für die beiden ersten Wesensnormen von mir bereits erbracht ist. Gelingt dieser Nachweis so dürfte die Frage Kants „Was ist Recht?" nicht mehr nur nach dem, was an einem gewissen Ort und zu einer gewissen Zeit gilt, zu beantworten sein, sondern wir dürften die 3 Wesensnormen nennen, ohne den Vergleich mit der Fabel des Phädrus, die Kant citirt, mehr fürchten zu müssen.[1]) Denn diese Wesensnormen sind empirisch. Das Einzige, was außer ihnen gegeben sein muß, ist eine Mehrheit von Menschen, ohne die der sittliche Geselligkeitstrieb nicht sein kann. Allein diese Mehrheit liegt auch in der Thierwelt vor, ohne daß sie das Recht schaffen könnte. Der rechtschaffende Factor kann also nicht in dem Zweckgedanken der Mehrheit liegen, wenn dieser auch von außen stößt, sondern es muß im Wesen des Menschen selbst ein solcher Factor vorhanden sein. — Ich will mich schließlich mit größter Vorsicht noch einen Schritt weiter hinter die Wesensnormen wagen. Vielleicht läßt sich in diesem schwierigen Gebiet Fechners „Tendenz zur Stabilität" verwerthen, „nach welcher in jedem sich selbst überlassenen oder unter constanten Außenbedingungen befindlichen System eine continuirliche Fortschreitung von instableren zu stableren Zuständen (hier Gesetz und Gewohnheit) bis zu einem voll oder approximativ stablen Endzustand stattfindet"[2]), und das sich auf alle organischen Verhältnisse, also auch auf das Recht anwenden läßt. Demnach wäre die Begründung folgende:

1) Rechtstrieb, a priori gegeben.
2) I. Wesensnorm, unmittelbar auf dem Rechtstrieb ruhend.

---

[1]) Cf. Kant loc. cit.
[2]) Erdmann, G. d. Ph. 2. Seite 836.

Digitized by Google

3) II. Wesensnorm, unmittelbar auf der Doppelnatur der Dinge, und zwar auf der Erscheinung derselben ruhend.
4) III. Wesensnorm, auf der Tendenz zur Stabilität ruhend. Vielleicht ist hiermit eine Begründung des Rechts a priori gegeben. Damit wäre meines Erachtens Etwas gewonnen.

Ich betone aber, daß ich nur den Trieb und die 3 Wesensnormen a priori construire. Die Ausfüllung der dritten Wesensnorm erfolgt durch die Geschichte. Das positive Recht kann gar nicht a priori construirt werden.

Wer mit meiner Construction nicht einverstanden ist, möge mich aus der Erfahrung oder der Selbstbeobachtung widerlegen. Nur von dieser Seite aus erkenne ich Angriffe als sachliche an.

§ 10.

Das Wesen der Gewohnheit.

Aus dem ewigen Werden aller Dinge folgt, daß auch die den Rechtsverhältnissen zu Grunde liegenden Lebensverhältnisse im ewigen Werden begriffen sind, und daß diesen keine Ruhe und kein Bleiben an Zeit und Ort innewohnt. Die Rechtsverhältnisse bilden sich zuerst im Kampfe, später durch die Macht der Ueberzeugung — also friedlicher — aus den Lebensverhältnissen. Das Recht ist in seinen vorstaatlichen (Staat im modernen Sinne gefaßt!) Anfängen der Kantische Begriff: Der Innbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann. Die Nothwendigkeit eines allgemeinen Gesetzes, die aus der Mehrheit der Menschen und aus dem sittlichen Geselligkeitstrieb folgt, fordert in dem ewigen Werden der Dinge einen festen Ruhepunkt, einen Standpunkt über dem ewigen Wechsel der Erscheinungen. Auf diesen Standpunkt stellt sich der Culturmensch. Er schafft aus den Lebensverhältnissen die Rechtssätze. Er sieht in dem Geben des Geldes gegen eine Sache nicht mehr eine indifferente Bewegung im All, er nennt es mit dem Worte „Kauf“, das nur durch ihn und mit ihm ist, er schafft aber damit zugleich den Begriff „Rechtsgeschäft“, wodurch er seinen Willen äußert, daß dies Wort nicht nur eine Vermenschlichung der Gedanken in der Sprache, sondern ein Willenswort sein soll, dem wiederum in der nur von den Menschen geschaffenen Willenswelt des Rechts eine bestimmte Function nach seinem und Aller (denn die Rechtswelt ist vor dem einzelnen Rechtsgeschäft) Willen zufallen soll. Dieser Ruhepunkt, mit dessen Existenz das positive Recht beginnt, ist am besten zu bezeichnen mit dem Ausdruck „Friedensschluß“. Die Rechtsformen bilden sich nicht nur im Kampfe

Digitized by Google

aber doch mit im Kampfe, und vor dem ersten Recht und dem neuen Recht ist in der Bewegung der Lebensverhältnisse von dem Frieden, wie ihn die Menschheit ihrem Wesen nach braucht, keine Rede.

Da sich über das Wesen dieses Friedensschlusses meine frühere Ansicht wesentlich im Laufe der Zeit durch andere Forschungen geändert hat, muß ich zuerst die Modification meiner Ansicht klar legen, denn auch die Entwickelung der Ansichten des Einzelnen geschieht nicht sprungweise, sondern geht ihren regelmäßigen Gang.

Die Geltungskraft des Gesetzes fand ich in meiner Erstlingsschrift (Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit) im beigelegten Zwange, die der Gewohnheit in innerer Nothwendigkeit. Diese innere Nothwendigkeit entstand für mich erst durch die Uebung (cf. mein Beispiel von dem Spaziergänger und dem Bettler[1]). Die Uebung war mir schlechthin die äußere Thatsache der Geltung des Rechts.

Indem ich die Geltung des Gesetzes im Zwang fand, glaubte ich die Kraft der Gewohnheit in einem ähnlichen Zwange finden zu müssen. Dies war für mich die Macht der Regelmäßigkeit, die Erfahrung, daß der Wille wie die Gedanken gern altgewohnte Pfade wiedergehen, bis sie zuletzt unbewußt dieselben Wege wandeln.[2])

Allein die jener Arbeit folgende Zeit der Praxis belehrte mich, daß dieser Zwang beim Gesetz nicht allein genüge, nimmer aber das Gewohnheitsrecht zu schaffen vermöge. Dazu kam, daß ich bei meinem Strafrechtsthema erkannte, zu welchen haltlosen Consequenzen eine Theorie führen müsse, die der von v. Bar aufgestellten und von mir mit Anderen verworfenen[3]) „Regel des Lebens" so überaus nahe steht. Ferner überzeugte mich die bei meiner Strafrechtsabhandlung gewonnene Ansicht über die Freiheit unseres innersten Wesens,[4]) daß der Zwang allein schon nicht beim Gesetz noch weniger bei der Gewohnheit dieses Wesen unter rechtliche Normen zu stellen vermöge. Schließlich machte mich die Kritik von Brandis[5]) in überzeugender — weil sachlicher[6]) — Weise auf Fehler der Construction aufmerksam.

---

[1]) Die Zeitbestimmung „nach einer Woche" steht irrig für „nach einer Weile" (Seite 13 meiner Schrift.) Eine bestimmte Zeitdauer habe ich andern Orts, wie Brandis zugesteht, selbst verworfen. (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Neue Folge. Band IV. Zweites Heft. Seite 207.)

[2]) Dies sollte das „seltsame Beispiel" des Spaziergängers zeigen.

[3]) Seite 28, 84 ff., 87, 89, 91, 92, 93, 94, 97 bis 107, 323, 333 meiner Commissivdelicte durch Unt.

[4]) Seite 179 bis 228 meiner Commissivdelicte.

[5]) Kritische Vierteljahrsschrift loc. cit. Seite 205 bis 209.

[6]) Die Kritik kann nur dann überzeugen, wenn sie sachlich ist. Ein Aburtheilen über meine „positiven Institute", ein Tadeln ohne Gründe, wie es Pfersche in Grünhuts Zeitschrift jüngst über den von wir aufgestellten sprachlich neuen aber sachlich alten Begriff und dessen Abgrenzung (die allerdings völlig neu

Digitized by Google

Aus diesen Gründen haben sich meine Ansichten über das Wesen der Gewohnheit jetzt wesentlich geändert.

Bedürfte das Gesetz nur des Zwanges, um zu gelten, so bedürfte die Gewohnheit nur der Uebung. Allein der Zwang reicht nicht aus, um das Recht zur Geltung zu bringen. Mit diesem grob materiellen Mittel läßt sich keine Rechtsordnung schaffen. Der sittliche Geselligkeitstrieb und die drei Wesensnormen, die in unserem „Ich“ liegen, diese Mächte sind es, die dem Rechte seine Geltung verleihen. Hiermit ist denn auch das gemeinsame Becken gefunden, dem beide Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheit, entströmen.[1])

Das Wesen der Gewohnheit kann nicht allein in dem Zwange des schon lange Geübten liegen. Denn einmal ist dieser Zwang kein nothwendig zwingender. Unser Ich stärkt gern die Reize in der geübten Weise zu Motiven, dies beweist das tägliche Leben des Menschen („die Gewohnheit nennt er seine Amme“) wie das Rechtsleben im Privatverkehr der einzelnen Parteien; wie diese einmal Verträge geschlossen oder wie sie andere in der Gegend zu schließen pflegen, so schließen sie dieselben gern wieder. Allein diese Gewohnheiten sind nur Interpretationsmittel des einzelnen Vertragswillens, es muß klarliegen, daß die Parteien auf das Geübte haben Bezug nehmen wollen. Sie sind deßhalb nun und nimmer objectives, die Allgemeinheit und mit ihr den Richter zwingendes Recht.[2])

Um der Gewohnheit die Macht des objectiven, Alle zwingenden Rechts zu geben, bedarf es des sittlichen Geselligkeitstriebes und der Wesensnormen.

Der sittliche Geselligkeitstrieb liegt im Menschen, ehe noch der moderne Staat existirte. Jede bestimmte Menschengenossenschaft wird durch ihn getrieben, Recht zu schaffen, um die gegenwärtige Genossenschaft und die zukünftigen Genossenschaften, zuletzt die Menschheit, fortzuentwickeln.

Aus diesem Triebe folgt die erste Wesensnorm; es muß für eine bestimmte Genossenschaft eine Norm bestehen, die äußere bestimmte Form haben muß (II. Wesensnorm). Wie soll nun die Allgemeinheit aus dem unbestimmten Triebe[3]) heraus, der nur ein unbestimmtes Rechtsgefühl weckt, die Form noch weiter bestimmen, wie es doch nöthig ist?

---

ist!) ausübt, kann nie verlangen, daß es den Getadelten irgendwie überzeuge. Ein unsachliche Kritik hinterläßt ein leises Mißbehagen ohne irgend einen kritischen Zweck zu erreichen, und ist unwürdig!

[1]) Cf. Seite 41 meines „Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit.“

[2]) Die „Regel des Lebens“ ist kein objectives Recht. Cf. meine Commissivdelicte durch Unterlassung Seite 93.

[3]) Der Trieb ist so unbestimmt wie etwa der Kunsttrieb, der den Künstler zum Schaffen treibt. Aber dieser treibt Wenige, jener treibt alle Menschen.

Digitized by Google

Aus der kategorischen Form aller Normen folgt, daß er sich in Imperativen äußern muß. Er kann nicht in der Form reflektirender Gedanken sagen „wenn Jemand einem andern ohne Recht das Seine nimmt, so ist das unrecht“, denn damit wäre keine allgemeine Vorschrift gegeben, wenn nicht etwa eine imperativische zweite Norm beigefügt wäre. Er kann auch nicht einen Wunsch äußern, der für andere unverbindlich wäre, weil er rein subjectiv ist. Er muß sich als Wille äußern. Und dem subjectiven „Ich will!“ entspricht in der Willenswelt das objective „Ihr sollt!“

Ist aber auch die imperativische Form demnach gegeben — denn sie ist die einzig mögliche also nothwendige — so ist damit die Aeußerung dieser Imperative noch nicht gesetzt. Und die Möglichkeit dieser Aeußerung ist scheinbar eine vielfache. Wäre dem so, so wäre die Gewohnheit keine nothwendige Form und unsere dritte Wesensnorm fiele. Deßhalb ist die bestrittene und schwierige Frage hier zu erörtern.

Es wäre erstens denkbar, daß man einen Einzelnen nach dem Recht fragte. Wollte dieser nur seinen Willen sagen, so wäre das kein die Allgemeinheit zwingender Satz, wenn ihm diese nicht etwa in moderner Verfassung das Recht gegeben hätte, Recht zu schaffen.

Diese Form ist also vor dem modernen Staate unmöglich. Es wäre zweitens denkbar, daß man alle Mitglieder der Genossenschaft nach ihrer Rechtsansicht fragte und nach der Majorität entschiede, was Rechtens sein solle.

Es würde aber auch dadurch kein Recht entstehen, denn der Begriff „Volk“ kann ohne Organisirung kein Recht schaffen.

Es wäre drittens denkbar, daß man bestimmte Leute in jedem Falle fragte, was Rechtens sein solle?

Auch das ist vor einer organischen Gliederung des „Volkes“ nicht möglich. In jener Zeit kann man nur fragen: was ist Recht?

Es wäre viertens denkbar, mündlich in organisirter Vertretung durch Majorität die Rechtssätze auszusprechen, dem Gedächniß der Einzelnen zu überlassen, sie sich einzuprägen, und Leute mit vorzüglichen Gedächtnissen zu ernennen, welche festzustellen hätten, ob das Gedächtniß der Andern das Recht noch wüßte.

Dies würde für Menschen unmöglich, weil total unzuverlässig, sein. Wollte man aber den Majoritätsbeschluß aufschreiben und dann danach richtende Leute ernennen, so hätte man eine Codification, also ein Gesetz mit Richtern, das auf moderner Staatsverfassung beruhen würde, falls die Einberufung der allgemeinen Vertretung, wie das nöthig, auf einem Constitutionsact fußt.

Nun besitzt aber die Zeit, in der das Gewohnheitsrecht entsteht, weder moderne Verfassung noch modernen Staat noch moderne Richter.

Digitized by Google

Daraus folgt:

a) Die Willensäußerung des Imperativs durch ungeschriebene Worte ist unmöglich.

b) Die Willensäußerung durch Wort und Schrift erfordert den modernen Staat, der nicht existirt.

c) Also bleibt nur die dritte Form der Willensäußerung übrig, die stillschweigende.

Die stillschweigende Form ist aber für den Rechtswillen nur als Uebung denkbar, wie eine Prüfung ihrer selbst für jeden menschlichen Verstand ergibt.

Fragen kann es sich nur, ob die ersten Uebungen Einzelner den Rechtswillen ausdrücken, oder ob die Uebung erst Recht ist, wenn sie Gewohnheit ist. Der letzteren Annahme scheint die Thatsache zu widersprechen, daß die Macht der Gewohnheit allein nicht Recht schaffen kann.

Brandis sagt in seiner Kritik über diesen Punkt Folgendes: es wird Niemand verlangen, daß die Volksüberzeugung, wie sie sich in subjectiven Ansichten Einzelner zeigen kann, unmittelbar als Recht zur Anwendung gelangen solle. Denn es soll ja erst feststehen, daß sie Volksüberzeugung ist. Steht das aber einmal fest, so sind auch die zum Beweise verwendeten Antecedenzfälle als Rechtsausübung anzuerkennen. Denn wo sollte die Grenze sein? Wo das blos thatsächliche Handeln aufhören und die Rechtsausübung beginnen?[1])

Allein aus den oben von mir angeführten Gründen ist die „Volksüberzeugung", ehe eine moderne Verfassung und ein moderner Staat besteht, nicht anders festzustellen, als durch den Friedensschluß der Gewohnheit. Aus eben dem Grunde kann nie ein „Antecedenzfall" Recht schaffen. Vor ihm liegt nur eine unausgesprochene Volksüberzeugung. Die Uebung des Einzelnen im Antecedenzfalle ist keine Willensäußerung der Gesammtheit über das, was Recht für Alle sein soll. Sie könnte es nur dann sein, wenn eine Verfassung vorherginge, welche Einzelnen (z. B. Richtern im Staate) etwa dieses Recht ausdrücklich durch Willensäußerung gebe. Es liegt in der Natur des menschlichen Willens Aller wie Einzelner, daß nur eine Aeußerung desselben in der Sinnenwelt schaffen und wirken kann.

Wie soll nun die Gesammtheit den Friedensschluß für das Recht finden? Eine bestimmte Anzahl von Uebungen zu fordern wäre rein willkürliche Schaffung des Rechts; ebenso willkürlich, d. h. ohne innere Begründung, wäre es, eine bestimmte Zeit, etwa eine Verjährungszeit, für die rechtschaffende Uebung festzusetzen.

Allein die Frage wird für die Gesammtheit gar nicht zur Frage, weil sie die Wesensnorm in sich besitzt, ohne daß sie der Reflexion

1) Kritische Vierteljahrsschrift loc. cit. Seite 206.

Digitized by Google

bedürfte. Sie fühlt, daß es in ihrem Wesen liege, das in gewohnheitsmäßiger Uebung Geübte für „Recht" zu halten. Keine Anzahl der Uebungen, keine Zeitdauer, sondern „die innere Nothwendigkeit" der Gewohnheit veranlaßt sie, in dem gewohnheitsmäßig Geübten ihr von ihr geschaffenes Recht zu sehen. Und dieses Gefühl nennen wir die opinio necessitatis.

Die Überzeugung des kritischen Verstandes findet später, daß für die Zeit vor dem modernen Gesetz der rechtschaffende Act der gewohnheitsmäßigen Übung der richtige und einzig mögliche ist. Alle Menschen haben den sittlichen Geselligkeitstrieb; damit ist kein Recht gesetzt, sondern nur ein rechtschaffender Factor gegeben; diesen füllt das Leben mit seinen Verhältnissen im ewigen Erbrecht aus. Und zwar nicht das kosmopolitische Leben der Moral, sondern das nationale Leben. Dafür, daß sich diese Ausfüllung vollzogen, fehlt es vor dem modernen Staate an festen Grenzen. („Denn wo sollte die Grenze sein?" Brandis loc. cit.). So muß man sich in dieser Zeit an die einzige Grenze, die gegeben ist, halten. Und diese Grenze wird nicht trügen, weil sie im Wesen des Menschen gezogen ist. Wenn einmal der Volkswille so lange denselben Weg geht, daß auch bei dem Einzelnen diese fast unbewußte Willensäußerung nicht mehr als seine Gewöhnung sondern als Volksgewohnheit erscheint, die alle gleichsam zwingt, so ist in der opinio necessitatis die Garantie gegeben, daß dieser Weg, den nach und nach alle Willen zu gehen sich gewöhnt haben, auch von dem hinter dem Willen liegenden nationalen Wesen (das hinter dem nationalen Wesen liegende rein menschliche Wesen interessirt zunächst nur die Moral) für den für jene Zeit besten herausgefühlt worden sei.

Obwohl aber die Gewohnheit die Prüfung des kritischen Verstandes recht gut erträgt, betone ich nochmals, daß in jener Zeit diese Kritik gar nicht stattfindet, daß die Frage von Brandis nach der „Grenze" gar nicht aufgeworfen wird, weil die III. Wesensnorm nur Gesetz und Gewohnheit als rechtschaffende Factoren kennt, mithin beim Fehlen des Gesetzes nur die Gewohnheit übrig bleibt.[1])

Es sei mir eine Nebenbetrachtung gestattet, welche dadurch veranlaßt wurde, daß ein Jurist (Schloßmann, der Vertrag, Seite 186), der nur die „Gerechtigkeit" (?) als Rechtsquelle annimmt, für sich die Autorität Göthes citirt, und zwar mit einem Citate, das fast stets mißverstanden wird. (Obwohl es doch Niemanden einfällt, in den Worten über „den Geist der Medicin" mehr zu sehen als einen abscheulichen und unberechtigten Spott des Mephistopheles.)

[1]) Damit ist natürlich die Frage noch nicht beantwortet, wie es denn stehe, wenn der moderne Staat und das Gesetz existirt? Um diese Frage, die eine brennende ist, zu lösen, müssen wir erst das Wesen des Gesetzes betrachten.

Digitized by Google

Göthe, der Jurist war, läßt im Faust den Mephistopheles sagen:

„Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ewge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage,
Weh dir, daß Du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist, leider! nie die Frage."

Auch Weber in seinem Buch „Welches System des ehelichen Güterrechts empfiehlt sich" ꝛc. (1882) beruft sich auf „die bekannten characteristischen Worte", die er citirt. (Seite 3).

Was ist denn nun das Recht, das mit uns geboren ist, und nach dem leider nie die Frage ist?

Das ist im Sinne des Mephistopheles der grenzenlose Egoismus, der sich um Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Menschengeschlechts nicht kümmert und nur seinem Sinnengenusse fröhnt, ohne zu bedenken, was er der Vor- und Mitwelt dankt und der Nachwelt schuldet.

Es liegt in diesen Worten nicht etwa ein Angriff auf die Idee der streng historischen, und die Kritik der Gegenwart als unfähig verwerfenden Schule (das wäre historisch nicht möglich, denn der erste Theil des Faust keimte in Straßburg), sondern eine Verwerfung alles Rechts, das als „ewige Krankheit" bezeichnet wird. Es liegt darin ein Groll gegen das menschlich Geschaffene, gegen den „ruhenden Pol in der Erscheinungen Flucht", und, da dieser auf einem Trieb ruht, gegen die letzte Ursache, es liegt darin eine Forderung, dem Einzelnen ein mephistophelisches, sittlich ungeselliges Thierleben zu gestatten. Wir haben ein sonderbares Gegenbild hierfür in Folgendem: Die Kirche des Alterthums, welche, vielleicht in oft gerechtem Groll gegen den damaligen Staat, behauptete, daß der Staat und das Recht „vom Teufel" sei[1]), übersah, daß nur auf dem menschlichen Wege des Rechts die Moral durch die Welt gehen könne, nicht die Nationen zerstörend, sondern kräftigend und nährend. Die „ewige Krankheit", wie es Mephystopheles nennt, ist keine Krankheit, sondern die gesündeste, eigenste, menschliche That, die uns zu allen Zeiten das menschlich Theuerste war und es bleiben wird bis an das Ende des planetarischen Lebens, weil sie auf dem für alles Organische nöthigen „Gesetz der Stabilität" beruht. — Nun und nimmer liegt in den Worten des Mephistopheles die „Klage" Göthes ausgesprochen, wie Schloßmann annehmen muß,

[1]) Die Juristen sind nicht „böse Christen" sondern ermöglichen den Fortschritt auch der moralischen Entwickelung. Ueber das bekannte, abgeschmackte Sprichwort vergleiche die treffende Rede von v. Stinzing „Juristen böse Christen", Bonn 1875.

Digitized by Google

denn den Geist, der stets verneint[1]), kann er doch wohl nicht für das lebenbejahende und lebenordnende Recht citiren.

Eine ewige Krankheit wäre aber das Gewohnheitsrecht dann, wenn es etwa nicht auf dem gesunden Staatenbildenden und Staatenfortbildenden sittlichen Geselligkeitstrieb, sondern auf der rohen Macht der Gewohnheit ruhte. Wollten wir aber letzteres annehmen, so bin ich so kühn zu behaupten, daß wir dann den Gewohnheitsverbrecher milder strafen müßten, denn er handelt dann gezwungen, ja vielleicht sind dann seine Handlungen werdendes Recht. Allein die Verbrechergewohnheit ist nicht einmal „an sich"[2]) ein mildernder Umstand, nur durch schuldvolle Erziehung veranlaßte Gewohnheit könnte das sein. Der sittliche Geselligkeitstrieb sieht vielmehr in ihr seine fratzenhafte Carricatur, seine Erscheinung in der Aeußerlichkeit, aber nicht belebt vom Rechtstrieb sondern vom thierischen Egoismus, den wahren Affen des Gewohnheitsrechts! Und deßhalb bestraft er[3]) das gewohnheitsmäßige Verbrechen strenger.[4])

Ich darf schließlich an dieser Stelle, wo ich vom Wesen der Gewohnheit spreche, Rümelins geistvolle Abhandlung „Ueber das Wesen der Gewohnheit" nicht übergehen (Reden und Aufsätze, neue Folge, 1881 S. 149 ff.), umsoweniger, als ich bei diesem Autor in mehreren anderen Punkten eine große Uebereinstimmung mit meinen Forderungen nachträglich gefunden habe. (So fand ich dieselbe bei dem Begriffe der modernen Rechtsphylosophie[5]), bei dem Urtheile über Schopen-

[1]) „Ich bin der Geist, der stets verneint. Und das mit Recht: denn Alles was entsteht, ist werth daß es zu Grunde geht. Drum besser wär's, daß nichts entstünde!" Darin liegt die ganze Logik der Weltverneinung ausgesprochen, die eine Frucht des krassesten Egoismus ist. Das entstehende Menschengeschlecht erbt von den Ahnen jedes Wort, jeden Begriff, seine Welt, und deßhalb muß es im ewigen Erbrecht, ehe es vergeht, den Enkeln mehr hinterlassen. — Mephistopheles huldigt der Philosophie Schopenhauers, auf dessen Standpunkt Göthe nicht stand, obwohl dies Schopenhauer wähnte. — Ich hätte diesen Punkt nicht erwähnt, wenn sich nicht Schloßmann so vertrauensvoll auf das Citat beriefe. Ich hoffe, daß nun die Kritik die Abweisung eines in wissenschaftlichen Werken von Andern citirten Verses nicht ebenso hart verwirft, wie sie jüngst in der Zeitschrift für das gesammte Strafrecht (Liszt) mein Citat eines Verses von Kletke verworfen hat. Transeat cum ceteris!

[2]) A. M. ist Meyer, Lehrbuch Seite 388, Anm. 18. Was heißt hier „an sich?"

[3]) St. G. B. § 260 und § 180, gewohnheitsmäßige Hehlerei und Kuppelei.

[4]) Mit Recht begründet dies Erdmann durch den Satz: „Daß Du Nichts dafür kannst, dafür kannst Du, und sehr viel." (Ernste Spiele, 3. Aufl., 1875, Seite 201.)

[5]) Seite 319 loc. cit. Die Anlehnung an die Psychologie, Ethik und Gesellschaftslehre gestehen die Meisten als nothwendig zu. Mit Recht sagt aber Rümelin, daß das Recht auch der „Anknüpfung an die Methaphysik" nicht ganz werde entbehren können. Ich habe die Nothwendigkeit dieser Anknüpfung nachgewiesen bei meiner Definition der „Ursache" im Recht. (Seite 172 meiner Commissivdelicte durch Unterlassung.) Auch die Naturwissenschaft hält es jetzt für nothwendig, den Begriff der Ursache schärfer zu fassen, und es zeigt sich, daß

Digitized by Google

hauer[1]), bei der Zurückführung auf den Rechtstrieb[2]), ja auch bei der Auffassung der Strafe.[3])

---

von Bar, welcher sich bei seiner „Regel des Lebens" bekanntlich auf sie beruft, auch hier durchaus nicht Recht hat. Ich nenne hier nur die Schrift: „Ursache und Wirkung, ein Erkenntniß-theoretischer Versuch von Adolf Fick, Professor in Würzburg, zweite vermehrte Ausgabe 1882". Uebrigens ist Ficks Modification des Begriffs, die Ursache und Wirkung als gleichzeitige Ereignisse auffaßt (weil der Grundbegriff der Einwirkung ein anderer ist als der Begriff der Gesetzmäßigkeit in der Aufeinanderfolge der Erscheinungen) von viel größerer Bedeutung für die Natur wie für das Recht. Die Bedingung, welche für den Menschen eine bestimmte Erscheinung, auf Grund der Vorbedingungen schafft, ist die Ursache im Recht, gleichviel ob diese Wirkung im naturwissenschaftlichen Sinne, soweit es sich um die Materie der äußeren Welt handelt, eine gleichzeitige ist. Die Einwirkung ermöglicht in der Natur die Kraft, in dem Rechte der Rechtstrieb. — A. M. ist Liszt, — oder besser ohne Meinung.

[1]) Rümelin hält die „unzerstörbare Lust am Leben" für eine thatsächliche Antwort der Natur, „gegen welche alle dialectischen Künste und Schrullen blasirter Köpfe und geistreicher Sonderlinge stets wieder machtlos in ihr Nichts verduften." Seite 165 loc. cit. Auch er hält aber die Frage nach Optimismus und Pessimismus nicht „für eine wissenschaftlich discutirbare" (S. 165 loc. cit.), wie dies in der Neuzeit immer wieder mit einer gewissen Vorliebe und einer sich selbst überhebenden Anmaßung geschieht. Auch ich habe betont, daß weder von Optimismus noch Pessimismus wissenschaftlich die Rede sein könne, und habe die streng wissenschaftliche Lebensforderung Seite 469 meiner Commissivdelicte durch Unterlassung dargestellt. — Indessen im Rechte hilft uns die „unzerstörbare Lust am Leben" nicht allein gegen die Ansichten „geistreicher Sonderlinge", das Recht ist unsere freie That, jene „Sonderlinge" aber mahnen weltverneinend zur „Unterlassung" derselben. Hier müssen wir mit dem Verstande jene „blassirten Köpfe" und „geistreichen Sonderlinge" zu widerlegen suchen.

[2]) Auch mir stiegen die Bedenken Rümelins S. 153 auf, als ich mit dem Worte „sittlicher Geselligkeitstrieb" abschloß und hier vor der Unbegreiflichkeit des eigenen „Ich" Halt machte. Allein es muß auch dem Juristen, der hier doch auch „Psycholog" ist, gestattet sein, auf „Triebe, die ein bestimmtes Wollen begründen" zurückzugehen (S. 154). So wirkt in der Ameise der unbewußte Trieb, gesellig zu leben. Das bewußte menschliche Ich aber erfaßt den in ihm liegenden unbewußten sittlichen Geselligkeitstrieb, um die Gegenwart und Zukunft seines Geschlechts und aller menschlichen Güter im Frieden des Rechts weiter fortzuentwickeln, da die Entwickelung im ewigen Kampfe nicht möglich ist. Es glaubt freilich zu treiben, obwohl es im letzten Grund getrieben wird, aber es thut seine freie That, weil es den ganz und gar uferlosen, unbestimmten Trieb in Bahnen zwingt, die es frei schafft. Die menschlichen Lebensströme verwirklichen in festen, geschlossenen Grenzen das Recht, das uferlose Meer des Triebes vermag kein lebendiges Recht zu geben.

[3]) Im modernen Staate wird ja immer mehr erkannt, daß die Strafe im weiteren Sinne auch die Strafe im engeren Sinne umfassen muß (Seite 310 meiner Commissivdelicte d. U.) Ich darf daher Rümelin darin beistimmen, daß das „Recht ganz in den praktischen Zwecken aufgeht, die vorhandenen Lebensgüter, zu schützen, zu pflegen, zu steigern" (Seite 189 loc. cit. Das „steigern" liegt in der Fortentwickelung durch den sittlichen Geselligkeitstrieb.) Allein auch Rümelin sagt, entgegen den Theorien die nur eine Strafe im weiteren Sinne annehmen (und deren Zahl wächst!), daß das Recht die Idee der Vergeltung

Digitized by Google

Rümelin erklärt zunächst das Wesen der Gewohnheit rein psychologisch. Sie ruht auf keinem besonderen Triebreiz[1]), sondern ist das Product aus dem gesammten inneren Spiel und den Gegenwirkungen unseres natürlichen Trieblebens[2]). (S. 155 loc. cit.) Etwas müssen und wollen wir treiben, aber nur nicht längere Zeit dasselbe. Die Wiederholung wirkt für das Vorstellen und Handeln erleichternd, befestigend, für das Gefühl dagegen schwächend und abstumpfend (Seite 160 loc. cit.) Aus der Wiederholung von Handlungen entsteht Uebung und Fertigkeit, aus der Wiederholung von Gefühlseindrücken entsteht die Gewohnheit. „Uebung ist ein mit Fortschritt verbundenes Wiederholen, durch Gewohnheit lernt man nur etwas Negatives, das Dulden." — Aber dem Reiz am Neuen tritt das große, in der Gewohnheit liegende Princip der Beharrung entgegen; und dies ist „die unentbehrliche[3]) Hemmung in der Uhr der menschlichen Entwickelung."[4]) Daneben wirkt das ethische Gesetz der Ordnung, im gleichen Falle gleich zu handeln, uns nicht ohne

---

ebenso wenig als maßgebendes Princip an seine Spitze stellen, wie ganz unbeachtet lassen könne (S. 189 loc. cit.) Er findet aber diese Vergeltung so wenig als Hauptaufgabe des Staates wie als Hauptaufgabe der äußeren Weltordnung (diese ist „in Betreff der menschlichen Schicksale nicht auf Gerechtigkeit und Vergeltung angelegt" Seite 185. Gegen denselben, schon im Buche Hiob widerlegten Irrthum richtet sich mein Angriff gegen das „Schicksal" einiger moderner Denker, Seite 461, 465 meiner Commissivdelicte durch Unterlassung.) Die äußere Weltordnung läßt der Moral im engeren Sinne, den rein sittlichen Begriffen, dem Guten, um seiner selbst willen Gethanen, freien Raum (Seite 187 bei Rümelin loc. cit.) Und das Recht kann nicht „Vorsehung spielen wollen" (Seite 188 loc. cit.) Aber das Recht hat in einem anderen Factor sein Strafmaß mitzufinden, die Talion oder gerechte Rache (nicht buchstäblich erfaßt sondern nach dem Aequivalent mit bemessen) gibt dieses Maß! Diese ist nicht sittliche Vergeltung sondern eben im natürlichen Rechtsgefühl wurzelnde gerechte (nicht mehr maßlose!) Vergeltung, die wiederum auf der „Gleichheit der Gesellschaftsglieder" (d. h. auf der Thatsache der Mehrheit und dem Rechtstriebe) ruht. (Rümelin loc. cit. Seite 192 und 193.) Ich führe Rümelin für meine Definition der Strafe an, weil ich weiß, daß man der Talion in der Wissenschaft jetzt wenig hold ist.

[1]) Ich stimme völlig bei. Auch im Rechte gibt es keinen „Gewöhnungstrieb" neben dem sittlichen Geselligkeitstriebe.

[2]) Rümelin meint, die erste und elementarste Grundkraft unseres Seelenlebens sei ein allgemeiner Thätigkeitstrieb. „Das Auge will etwas sehen" (S. 155.) Dies erinnert an Schopenhauers Willen. Allein Rümelin spricht an derselben Stelle vom „selbstbewußten Ich", das Schopenhauer durch die Fiction des angeborenen Charakters vernichten will. Es gibt nun allerdings ein Drittes neben Ich und äußerer Welt; das Ich muß „immer irgend Etwas vorstellen, wollen und fühlen." Ich habe dieses Dritte in meiner „Darstellung des Undarstellbaren" Lebenskraft genannt, diese füllt in der Erscheinungswelt das Ich aus, wie sie das unbewußte organische Leben (Athem, Herzschlag 2c.) treibt. (Seite 180 meiner Commissivdelicte durch Unterlassung.)

[3]) „unentbehrlich" und deßhalb von dem negirenden Mephisto Göthes angegriffen.

[4]) Rümelin loc. cit. Seite 167.

Digitized by Google

bestimmenden Grund das eine Mal so das andere Mal anders zu verhalten.[1]) Dieses ethische Gesetz der Ordnung wird von überwältigender Bedeutung, wenn es zur Friedensordnung wird, zum Recht, das die Fortentwickelung unserer Menschenwelt allein regelt, da hier Unordnung jeden Fortschritt hemmen müßte. Rümelin erwähnt die Gewohnheit im Rechte leider nur nebenbei (S. 171, 172). Ich vermisse bei ihm, wie bei Allen, den sittlichen Geselligkeitstrieb, welcher die Rechtsgewohnheit erst schafft. Daß die subjective Gewöhnung des Einzelnen kein Recht gibt, erkennt Rümelin klar[2])! Er sagt „wenn geschlossen werden wollte, daß was Viele oder Alle übereinstimmend denken (muß heißen: und üben!) das Recht sein müsse, so wäre es ein Schluß, welchen die Logik nicht gestattet."[3]) Er fährt dann fort „da aber bloß geschlossen werden will, daß, was Alle als selbstverständlich ansehen, von ihnen für das Rechte gehalten werde und als Ausdruck eines gesellschaftlichen Gesammtwillens gelten dürfte, ist jene Einwendung der Logik nicht zutreffend."

Allein die Logik macht einen anderen Einwand. Es gibt kein Gesammtich mit Gesammtgehirn und Gesammtwillen. Es gibt auch keinen Vertrag in der Welt, der je einem Gesammtwillen das Recht gegeben, Recht zu setzen. Es fehlt die Brücke vom Ich zum Ich[4]) wenn man nicht den sittlichen Geselligkeitstrieb annimmt, auf dem die Wesensnormen ruhen.[5])

§ 11.

Das Wesen des Gesetzes.

Der Friedensschluß des Gesetzes ist ein ganz anderer, als der der Gewohnheit. In den Zeiten, wo die Gewohnheit allein herrscht, kann

[1]) Rümelin loc. cit. Seite 169. Das ist menschliche „Gesundheit"; nicht die Ordnung, die ewige Unordnung wäre „ewige Krankheit."

[2]) „ein Gewohnheitsrecht wird angenommen, wenn viele und verschiedene Organe der Rechtsverwaltung ohne Abrede unter sich und bewußte Absicht, wiederholt und jedesmal eine gleichmäßige Auffassung eines Rechtsverhältnisses, wie wenn es gar nicht anders sein könnte (opinio necessitatis!) und von der Natur der Sache gefordert wäre (diesem Zusatz stimme ich nicht bei), zur Anwendung bringen." (S. 171 loc cit.)

[3]) Rümelin loc. cit. Seite 172.

[4]) Sehr schön und wahr sind Rümelins Bemerkungen dagegen über die Gewohnheit auf dem sittlichen Gebiet. (Seite 172 ff. loc. cit.) Er betont die Freiheit unseres Wesens. Aus ihr folgt, daß hier auch die Macht der Gewohnheit am Felsen des freien Ichs zerschellt. Gut und zutreffend sind auch die hierauf ruhenden Bemerkungen über das gewohnheitsmäßig verübte Verbrechen. Seite 173.

[5]) Vom rein philosophischen und deßhalb hier in einer juristischen Schrift nicht näher zu erörternden Standpunkte aus hat Erdmann Gewohnheiten und Angewohnheiten besprochen. („Ernste Spiele." 3. Aufl. 1875 „Ueber Gewohnheiten und Angewohnheiten.") Das Recht kann nur von Gewohnheit reden, wollte man hier Gewohnheit und Angewohnheit trennen, so würde der „bürgerliche Verband nicht geknüpft, sondern vielmehr zerrissen." Seite 205 loc. cit.

Digitized by Google

der Gedanke an diesen Friedensschluß im modernen Sinne gar nicht auftauchen, denn der moderne Staat, die Grundlage des Friedensschlusses, fehlt.

Es entwickelte sich in der Zeit die Staatsnorm, wie wir sie jetzt in der Gegenwart besitzen. Sie entwickelte sich aus dem sittlichen Geselligkeitstriebe; aus dem unbestimmten Gefühl ward eine Ueberzeugung, eine klare Willensforderung, daß eine Macht da sein müsse, welche die Gewohnheit nicht erst abzuwarten brauche, sondern klares Recht für alle Kraft ihrer Kraftbefugniß setzen könne. Der Entwickelungsgang des modernen Gesetzes ist ein langsamer. Der rechtschaffende Factor äußert sich zunächst nicht mehr nur in der Gewohnheit. Es bedarf nicht des formellen Vertrages mit dem rechtsetzenden neuen Factor, es bedarf aber der Willensäußerung, dieses Recht überhaupt setzen zu wollen, und der Willensäußerung Anderer, sich fügen zu wollen. Dies kann auch dadurch geschehen, daß der neue Factor sofort Recht setzt, dem Andere ohne Weiteres gehorchen. Dann liegt meist ein Privatrechtsgedanke für den Rechtsfactor zu Grunde, kraft dessen die Anderen annehmen, daß auch das öffentliche Recht, Gesetze zu geben, daraus folge.

Hierauf beruhen die meisten mittelalterlichen „Gesetze“, die neben der Gewohnheit gegeben wurden, sei es daß sie vom Regenten, sei es daß sie von einzelnen Kreisen ausgingen. Die Macht des daneben geltenden großen Systems des Gewohnheitsrechts alterirten diese nicht, umsoweniger, als sie im römischen Recht ein „kaiserliches“ Recht sahen.

Zugleich erwachte hier und da die Ueberzeugung, daß es dienlich sei, das Gewohnheitsrecht aufzuschreiben. Sei es nun, daß diese Aufzeichnungen die Allgemeinheit veranlaßte, sei es daß sie ein Einzelner verfaßte und die Allgemeinheit sie als richtig annahm, immer war es nur ein Aufzeichnen der Gewohnheit, deren Charakter durch diese Hülfe für das Gedächtniß so wenig verändert wurde, wie ihre Macht dadurch für die Weiterentwickelung über das geschriebene Recht hinaus irgend beeinträchtigt werden konnte oder sollte.

Die Schrift ist hier nichts als Willensaufzeichnung eines die Gewohnheit acceptirenden Willens. Der Einzelne, der sie schreibt, setzt damit kein Gesetzesrecht. Ja die Schrift ist auch für das jetzige Gesetzesrecht kein Willenserklärungsmittel, denn geht kein Wort vorher (wie beim Dictat 2c.) so ist sie der Wille, den stets nur Einer äußert. Das Wesentliche ist die Worterklärung oder sonstige Abstimmungserklärung in den Parlamenten. Nur für den obersten Gesetzgeber, bei dem es nur auf seinen einen Willen ankommt, kann die Schrift ohne Weiteres rechtschaffend oder recht mitschaffende Willenserkärung sein. Für jeden anderen Rechtsfactor wäre sie ohne das Wort unpraktisch.

Digitized by Google

Wir müssen daher scheiden:

I. Aufgeschriebenes Recht.

II. Gesetztes (stets geschriebenes) Recht.

Diesen beiden Abtheilungen entspricht:

III. Ungeschriebenes Recht.

IV. Ungesetztes Recht.

Die Formen I. und III. gehören dem Mittelalter, die Formen II. und IV. der Gegenwart an.

Das gesetzte Recht müssen wir wieder scheiden in

A) Von Einzelnen gesetztes Recht.

B) Verfassungsmäßig gesetztes Recht.

Nur die Form A. gab es in der Uebergangszeit zum modernen Staat, in der Gegenwart gibt es nur die Form B., auf der auch von Einzelnen gesetztes Recht fußt.

Wir erhalten für die Zeit vor diesem Jahrhundert nun folgende Formen des Rechts:

A) Urperiode und spätere Periode: Gewohnheitsrecht.

B) Weitere Entwickelung:

1) Gewohnheitsrecht.

2) Von Einzelnen ohne Verfassung gesetztes Recht.

3) Aufgeschriebenes Gewohnheitsrecht.

Im vorigen Jahrhundert zeigt sich nun ein großer Umschwung der Entwickelung.

Der Staatsgedanke erstarkt, er fühlt sich in seiner jungen Kraft dem Gewohnheitsrecht überlegen, er glaubt, daß der Staat allein Recht schaffen könne.

Dieser Umstand gründet sich auf das Entstehen der Rechtsnorm. Der sittliche Geselligkeitstrieb normirt seinen Imperativ zur Forderung des modernen Staates, die Regierende und Regierte verwirklichen. Weil die Forderung im Trieb liegt, bedarf es zunächst für sie keines Gesetzes. Die Kreise erstarken aus sich heraus im Entwickelungsgange stätig zu organischen Staaten.

Es verwirklicht sich nun die zweite Rechtsform der III. Wesensnorm, das Gesetz. Und zwar überwiegt diese Form in ihrem ersten Entstehen als Staatsgesetz (und hierdurch von den früheren Gesetzen des sich erst entwicklenden Staates getrennt), obwohl die Verfassung fehlt, in ungeheurer Weise über die Gewohnheit. (Cf. das preußische Landrecht.)

Aus der Staatsnorm wird nun die Verfassungsnorm. Der sittliche Geselligkeitstrieb treibt zu der Ueberzeugung, daß ein Staatsgrundgesetz ausgesprochen und aufgeschrieben werden müsse. Diese Ueberzeugung braucht wiederum nicht erst Gewohnheit zu werden, sie kann sich sofort bei ihrem Erwachen in klarer Willensäußerung aussprechen.

Digitized by Google

Die Staatsnorm fordert den Begriff des Staates als höhere Gesammtpersönlichkeit. Damit gibt sie ihm die Befugniß, organisches Gesammt-Recht zu schaffen.[1]) Neben dieser genetischen Wirkung des sittlichen Geselligkeitstriebes erwacht die Ueberzeugung, daß die Staatsrechtsquellen gesetzt werden müssen.[2]) Indem der Willensact dieser Ueberzeugung vollzogen wird, wird damit zugleich die Schaffung des Rechts durch das Gesetz bestimmt.

Die Verfassungsnorm besteht wieder aus einer Reihe einzelner Normen. „Da dem Volke, als einem bloßen Inbegriffe von Individuen im juristischen Sinne kein Wille zukommt[3]), so bedarf es einer künstlichen Organisation, um den thatsächlichen Volkswillen, der Macht der öffentlichen Meinung[4]) in der Nation, einen faßbaren, juristisch bedeutsamen Ausdruck zu geben. Es wird dazu in der Volksvertretung, den Häusern, dem Landtage, ein staatliches Organ geschaffen, welches der Staatsregierung als eine unabhängige, aus dem Volke hervorgegangene Macht zur Seite tritt, welches, ohne selbst zu regieren, die Regierung volksthümlich zu bestimmen und zu beeinflussen berufen ist."[5])

Nun erst, nachdem der Volkswille organisirt ist, kann an den Staat die Frage heran treten, wie weit er den nicht organisirten Volkswillen in der Gewohnheit neben dem Gesetz gelten lassen will. Erst jetzt gibt es ein Gesetz, welches mit der Gewohnheit die letzte Grundlage nicht nur theilt, sondern vollständig auf gleicher Basis ruht. Die staatliche Unterwerfung unter das von Einzelnen gesetzte Gesetz beruhte zum Theil mit darauf, daß man entweder, um endlich den Staatsgedanken zu gewinnen, sich der Macht dieser unterwarf, oder privatrechtliches Recht mit öffentlichem verwechselte, oder endlich im gegebenen Gesetz aufgeschriebenes, geltendes Recht sah (ratio scripta). Zu dieser Zeit mußte man das Gewohnheitsrecht, welches sich ausbildete ohne daß der Gesetzgeber Einfluß auf dasselbe hatte, mit mißtrauischem Auge ansehen. Jetzt kann man, nachdem der Volkswille organisch das Gesetz mit schafft, ohne jede Voreingenommenheit an die Prüfung der Rechtsquelle der Gewohnheit gehen.

Als Resultat für die Rechtsarten ergibt sich in der Gegenwart folgendes:

I. Gesetztes Recht (stets geschriebenes Recht).

II. Ungesetztes Recht.

a) Gewohnheitsrecht (geschrieben oder ungeschrieben).

---

[1]) Cf. Schulze, Pr. Staatsrecht Seite 1.

[2]) Verfassungsnorm.

[3]) Auch nicht, wie erwähnt, in der Zeit vor dem modernen Staate in allgemeiner Volksversammlung,

[4]) In der vorstaatlichen Zeit ist das die opinio necessitatis, in der staatlichen ist nicht stets Gewohnheit nöthig.

[5]) Cf. Schulze loc. cit. Seite 19.

Digitized by Google

b) Werdendes Recht, d. h. Lebensverhältnisse die noch nicht Gewohnheit, also noch nicht Recht sind.

Am Schlusse dieses Paragraphen ist noch der Einwand zu erörtern, daß nur die Gewohnheit, und nicht das Gesetz, volksthümlich sei. Der Einwand wird auch noch heute erhoben. Er ist aber hinfällig. Entweder verwechseln die, die ihn erheben, individuelles Mißbehagen mit dem angeblichen Mißfallen des „Volkes" am Gesetz; sie fühlen sich allein als „Volk." Oder sie vergessen, daß ihnen und Jedem aus dem Volke heute die Möglichkeit gegeben ist, auf das Parlament und so auf das Gesetz zu wirken. Das Gesetz ist volksthümlich. Nur in einem Falle kann es nicht volksthümlich werden, wenn im Parlamente nicht die Ueberzeugung, sondern allerlei Compromisse es geschaffen, oder wenn Interessen damit durchgesetzt werden, die nicht national deutsche oder gar anti-national deutsche sind. Dann ist das Gesetz allerdings Majoritätswille und nicht Volkswille. Allein die Publikation desselben gibt ihm auch dann deutsche Natur, und sagt aus, daß der Ordnung halber Dinge im Sinne der Majorität geregelt werden sollen, bis der nationale Character in einem neuen Gesetz gesiegt hat, wie er unserem Wesen nach schließlich siegen muß, denn der Rechtstrieb ist national und nicht kosmopolitisch oder Römisch.[1])

Immer und immer wieder aber berufen sich Gegner der Codification auf den Volksgeist, der im Gesetz nicht walte. Ich frage, wo ist er dann? Dann ist er der Geist der trägen „Rechtsphilister" (von Ihering's Ausdruck), welche sich unter dem Recht eine Art Vorsehung denken, die schon ohne ihre Arbeit fertig werden könne. Für einen solchen Volksgeist danken wir. Oder er ist ein unfaßbares Etwas, ein spiritistisches Gespenst. Oder er ist — der „Herren eigner Geist."

Aber auch wenn der Volksgeist nur die Aeußerung der unzufriedenen Minorität oder der nicht gehörten Majorität (auch das ist beim Parlamentarismus möglich) ist, so steht er sich doch bei dem Gesetz besser als bei der Gewohnheit. Der eine, der die Gewohnheit nicht übt, muß sich der Gewohnheit der Andern fügen. Eine andere Gewohnheit einführen kann er nur mit Hülfe Vieler, die fehlen.[2])

Der Eine aber, dem das Gesetz aus guten, allgemeinen Gründen nicht zusagt, kann durch die Ueberzeugung in Wort und Schrift auf Andere wirken; der Trieb, der ihn zum Gehorsam gegen das Gesetz treibt, hindert die erwachende Reflexion nicht, ihre Gedanken zu äußern mit dem Wunsch, daß sie Rechtswille werden.

---

[1]) Auch internationales Recht und Römisches Kirchenrecht muß in unserer Nation einen nationalen Charakter gewinnen. Wir sind nicht kosmopolitisch, sondern deutsch.

[2]) Ich betone aber, er denkt in jener Zeit gar nicht daran! Er hat kein Gesetz als die Gewohnheit. Er fühlt, daß doch etwas objectives Recht sein muß, und diesem Etwas, der Gewohnheit, unterwirft er sich ohne Reflexion, vom Triebe getrieben.

Digitized by Google

Befreien wir uns in der Gegenwart, nachdem das volksthümliche Gesetz geworden und die Gewohnheit im Schwinden ist, von dem Aberglauben eines daneben spukenden Volksgeistes! Wo derselbe waltet, wird und muß er im Gesetz die Gestalt des Rechtswillens gewinnen.

§ 12.

Das Verhältniß der inneren Macht der Gewohnheit zu der des Gesetzes.

Die letzte Grundlage des Gesetzes und der Gewohnheit ist der eine sittliche Geselligkeitstrieb. Es sind dieselben Lebensverhältnisse, die diesen Trieb in der Zeit zum „Recht" ausfüllen. Beide Quellen entströmen einem Becken, die lautere Fluth in den großen Strömen, die sie später bilden, ist dieselbe Lebensfluth des nationalen Rechts.

In der Zeit, wo die Gewohnheit allein waltet, schafft sie natürlich allein Recht. Ihre innere Nothwendigkeit bleibt aber dieselbe, wenn das Gesetz neben ihr steht. Die unbewußte Macht siegt über das Gesetz, wenn es veraltet und unpraktisch wird. Dieser Thatsache kann kein Gesetzgeber sich widersetzen. Ein für alle Zeiten gegebener ewiger Friedensschluß in einem Gesetz ist für das strömende Recht undenkbar.

Man kann sagen: das liege im Werden aller Dinge.[1])

Ich finde aber eine tiefere Begründung im sittlichen Geselligkeitstrieb. In diesem verbinden sich unlösbar zwei Wirkungen der treibenden Kraft:

a) Die Wirkung des sittlichen Zusammenlebens in und für die Gegenwart,

b) die Wirkung des sittlichen Zusammenlebens für die Zukunft der Gattung.

Die letzte, ächt menschliche Wirkung setzt ein bewußtes, erzieltes Sichfortentwickeln, während ein solches bei den Thieren höchstens körperlich und unbewußt (von außen getrieben) sich zeigt. Gerade auf dieser zweiten, ächt menschlichen Wirkung, auf der das nur der mit Begriffen operirenden Menschheit eigene ewige Erbrecht ruht (diesen Begriff habe ich in den Commisivdelicten durch Unterlassung entwickelt), beruht die ewige Fortentwickelung des Rechts.

Diese Fortentwickelung geschieht in fest abgegrenzten Stufen, und in sofern müssen wir das Bild der Rechtsquellen modificiren und dafür rechtschaffende Factoren setzen. Im ewigen Strömen sind nur die Lebensverhältnisse, das werdende Recht.

Dieses werdende Recht kann weder das Gesetz noch die Gewohnheit stürzen, denn es ist kein Recht.

[1]) Man spricht von einem „ewigen Recht auf das Werden."

Digitized by Google

Die zwingende Gewalt besitzt nur die opinio necessitatis in der gewohnheitsmäßigen Übung.

Die innere Macht des Gesetzes liegt nun in dem Imperative der verfassungsmäßig ausgesprochenen und publicirten Norm. Diese würde nicht auf ihre Wirkung rechnen können, wenn nicht der sittliche Geselligkeitstrieb in Allen sie bereitwillig aufnähme. Eine wissenschaftliche Wahrheit wirkt fruchtbringend nur bei dem, der den Trieb zur Wissenschaft hat. Eine künstlerische Anregung erzeugt nur bei dem Früchte, der den Kunsttrieb besitzt. Für die andern sind diese Anregungen leerer Schall, indifferente Bewegungen im Raume. Den Rechtstrieb besitzen nun alle Menschen, und deßhalb darf das Gesetz darauf rechnen, daß schon seine Norm wirkt.

Diese Norm ist nicht stärker als die in der Gewohnheit gegebene Norm[1]). Betrachten wir die innere Macht der Gewohnheit, so müssen wir sagen:

Eine jede Gewohnheit kann zu einer Zeit, wo sie existirt, jedes Gesetz aufheben.

§. 13.

Das Verhältniß der äußeren Macht der Gewohnheit zur äußeren Macht des Gesetzes.

Daß das Recht einer äußeren Macht bedarf, daß es nicht ausreicht, daß eine Norm gegen den Trieb sich richtet, der er zu folgen hat, liegt in der Freiheit unseres Wesens, das selbst dem Triebe widerstehen kann. Ist das der Fall, so donnern die Donner der Normen vergeblich gegen die innere Welt.

Deßhalb muß Macht mit dem Rechte gehen; die Gerechtigkeit bedarf nicht nur der Waage, sondern auch des Schwertes.

Allein wir dürfen diese „Macht" nicht überschätzen!

Sie steht schon in ihrer Erscheinung hinter dem Wirken der Norm und dem Gegenwirken des Triebes weit zurück. Sie gehört total der sinnlichen, äußeren Welt an. Sie wirkt nur mit der groben Kraft der Erscheinung, mit dem Exekutor, dem Gefängnißwärter und dem Scharfrichter.

Dies zeigt sich im Civilrecht wie im Strafrecht. Am besten steht es um den Verkehr wenn er den Normen gehorcht und nur in Zweifels-

[1]) Auch für die Wirkung der Norm der Gewohnheit bedarf es desselben Entgegenkommens des sittlichen Geselligkeitstriebes. (Ueberall zeigt sich die große Einheit alles Rechts!) Denn es kommt nicht auf die Gewohnheit des Einzelnen sondern auf die Aller an, der sich auch der fügen muß, der die Gewohnheit als Gewohnheit nicht theilt.

Digitized by Google

fällen den Richter in Anspruch nimmt. Schlimmer schon steht es, wenn erst der Spruch des Richters auch in zweifellosen Fällen die innere Welt zum Gehorsam zwingt. Aber immerhin ist der Verkehr dann noch wohlgeborgen, denn er gehorcht den Normen: Suche das Recht beim staatlichen Richter! Und: Füge dich dem Richterspruch!

Siegt aber der thierische Egoismus über den sittlichen Geselligkeitstrieb, muß es auch in den zweifellosesten Fällen erst zur Exekution kommen, so wirkt nur noch die grobe Kraft der Erscheinungswelt mit aller ihrer Unvollkommenheit. Die Executionsinstanz zeigt dies dem Praktiker selbst bei bester gesetzlicher Regelung.

Ebenso unvollkommen ist die grobe Kraft der Erscheinung bei der Strafe[1]). Die Wegnahme des Geldes, die Einsperrung in die Mauern des Kerkers — sie vermögen keinen der edlen Nebenzwecke der Strafe allein zu erreichen, wenn nicht die Normenwirkung daneben hergeht und ihr ein Trieb im Innern antwortet. Die Wirkung auf die Erscheinung des Menschen steht stets unendlich hinter der Wirkung auf den Menschen „an sich", auf sein Wesen, zurück. Ein wildes Thier schieße ich nieder, wenn es mich anfällt; die „Bestie im Menschen" überwinde ich durch Jugenderziehung und Mannserziehung (Normen); fällt sie mich dennoch an, so bleibt mir nur die Abwehr, ja die Vernichtung, aber nicht, weil die Normen nicht wirken könnten, sondern weil sie bei einem trotzenden Einzelnen, der sich gegen den allgemeinen Trieb aufbäumt, nicht gewirkt haben.

Aber nicht nur in ihrer Erscheinung, auch in der thatsächlichen Fülle der Macht steht die äußere Macht hinter jener andern zurück.

Waltete der sittliche Geselligkeitstrieb nicht in allen Menschen, wäre der homo sapiens nicht durch ihn homo sapiens, wäre er nicht natura generis — was könnte die äußere Macht Einzelner ausrichten, die die sittliche Geselligkeit wollten, gegen die widerstrebende Gesammtheit? Gesetzgeber, Richter, Executoren, ja die blanke Waffe des Heeres vermöchten das bellum omnium contra omnes, das Thierleben des Egoismus nicht zu bannen.

Warum muß nun trotzdem die äußere Macht mit allem Rechte gehen?

Weil der Einzelne dem Triebe und damit den Normen frei trotzen kann. Der Einzelne trägt die rechtliche Verbindung von Freiheit und sittlicher Geselligkeit d. i. Notwendigkeit in seinem Wesen. Aber seine Freiheit geht so weit, daß er nur seiner egoistischen Freiheit leben und dem Triebe trotzen[2]) kann.

Um nun der Gesammtheit die Garantie zu bieten, daß die Normen von jedem Einzelnen, auch dem Trotzenden, befolgt werden, gibt es kein ander Mittel, als die grobe Macht der Erscheinung. Denn jedes

---

[1]) Meine Definition derselben findet sich in den Commissivdelicten d. U. Seite 306.
[2]) Wir sind eben Menschenstaaten und keine „Ameisenstaaten".

Digitized by Google

andere Mittel könnte nur wieder in einem Imperativ an den Trieb bestehen, dem der Einzelne trotzt.

Diese äußere Macht ist nun ganz dieselbe für das Gesetz wie für die Gewohnheit. Auch die Gewohnheit muß vom Staate, sei er organisirt oder noch nicht völlig organisirt, angewandt und eventuell erzwungen werden. Weder die Donnerstimme der Norm noch die innere Nothwendigkeit der Uebung zwingen äußerlich den Einzelnen, wenn er innerlich widerstrebt, was er selbst nicht als Natur sondern als Trotz gegen die natura generis empfindet.

Daraus folgt, daß der Staat in einer Zeit seine äußere Macht nur dem Gesetz geben kann.

Das Resultat ist:

Die äußere Macht des Gesetzes kann die nicht mit äußerer Macht ausgestattete Gewohnheit aufheben.

Wir sind aber damit noch nicht am Schlusse dieser Betrachtung.

Es fragt sich: kann die äußere Macht der Gewohnheit für immer entzogen werden? Wäre es nicht denkbar, daß einer Gewohnheit, selbst wenn sie die Richter anwenden sollten, immer wieder neue Verbote ihre Kraft entziehen.? —

Uns Menschen des modernen, gewaltigen Staates erscheint dies vielleicht auf den ersten Blick möglich.

Allein diese Ansicht ist irrig, der Staatsbegriff ist ein abstracter Begriff, der Staat ist ein Zeitding,[1]) aber die Organe desselben sind Menschen. Und damit ist gesagt, daß auch sie der Gewohnheit unterliegen, wenn auch spät. Damit ist weiter gesagt, daß sie sich mit der Gesammtheit fortentwickeln, daß sie nicht für immer am Buchstaben des Gesetzes haften können, wenn der fortentwickelte Standpunkt der Gesammtheit und ihrer selbst ihnen nicht mehr entspricht. Denn das Gesetz ist nichts über der Menschheit stehendes, sondern ihre freie That.

Das Endresultat ist:

Ein Gesetz kann in einer Zeit und für eine Zeit der Gewohnheit die äußere Macht entziehen, aber nicht für alle Zeiten, wenn es nicht immer neues Recht setzt.

§ 14.

Die Entwickelung der inneren und der äußeren Macht der Gewohnheit und des Gesetzes in der Zeit.

Die von mir klargelegten Machtverhältnisse sind nicht zu allen Zeiten dieselben. Auch der Machtbegriff entwickelt sich, wie Alles, im ewigen Werden in der Zeit.

[1]) Cf. Schuppes Theorie.

Digitized by Google

Zuerst hat die Gewohnheit eine sehr starke Alleinherrschaft durch ihre starke innere Macht, die vom schwachen Staatsbegriff unterstützt wird, aber wenig Unterstützung von außen bedarf.

Sobald das Gesetz auftritt, wirkt die Norm in demselben unmittelbar auf die Menschen, und es ist möglich, daß die innere Macht derselben stärker wird, als die frühere Macht der Gewohnheit. In diesem Zeitpunkte befinden wir uns entschieden in der Gegenwart. Die Menschen der Jetztzeit wollen nicht mehr warten, ehe sich für neue Lebensverhältnisse (Patentrecht, „Geistiges Eigenthum“, Eisenbahnrecht, Schutzgesetze gegen neue Krankheiten 2c. 2c.) eine Gewohnheit bildet, sie wollen das werdende Recht klar erfassen und ordnen und in Gesetzen setzen. In der dritten Wesensnorm hat in der Gegenwart die Quelle des Gesetzes den entschiedenen Vorzug erhalten. Den Grund dieses Vorzugs, abgesehen von der Reflexion des Einzelnen, die ich später geben werde, historisch noch weiter zu verfolgen, ist nicht nöthig. Er liegt im Wesen (also hinter dem Triebe) des modernen Culturmenschen. Der Hauptgrund für die Uebermacht des Gesetzes in der Gegenwart bleibt die Thatsache der historischen Entwickelung, in der dritten Wesensnorm ist die Quelle der Gewohnheit arm geworden und das Recht strömt reich und voll durch die Quelle des Gesetzes.[1])

§ 15.

Der Vorzug der Rechtsquelle des Gesetzes für die Gegenwart.

Daß das Gesetz in der Gegenwart zumeist die Rechtsquelle bildet, und nicht die Gewohnheit, ist zunächst eine Thatsache, die wir hinnehmen müssen als eine historische, durch den Trieb und die 3 Wesensnormen für den gegenwärtigen Menschen gegebene.

Aber auch die Reflexion des Verstandes zeigt uns, daß die Entwickelung des Rechts in dieser Hinsicht in der Gegenwart keine Mißbildung sondern einen gesunden Fortschritt zeigt.

[1]) Es kann in erster Linie gar nicht von einem Vorzug der einen Rechtsquelle die Rede sein, denn erst ist die Gewohnheit reichströmend, dann theilt sich der Strom, unter Umständen strömt er überwiegend schließlich im Gesetz. Ich kann auch Hegel hier nicht beistimmen. (§ 211 der Grundlinien der Philosophie des Rechts). Er sagt: „Gewohnheitsrechte enthalten das Moment, als Gedanken zu sein und gewußt zu werden.“ Hier fehlt das Moment der Uebung! Wenn nun auch das Gesetz entschieden deshalb den Vorzug hat, weil es besser „denkend gewußt werden“ kann (Seite 268 loc. cit.), weil dadurch „das Recht erst seine wahrhafte Bestimmtheit erlangt und zu seiner Ehre kommt“ (Seite 267 loc. cit.), so läßt sich doch nicht vom rein philosophischen Standpunkte

Digitized by Google

Der Trieb erzeugt ein Rechtsgefühl.

Durch das ewige Erbrecht[1]) ist ein allgemeines Rechtsgefühl möglich.[2])

Aus Schmerzen und Kämpfen heraus schafft das Volk in Folge des Triebes und der Wesensnormen den Friedensschluß der Gewohnheit. Nachdem die Gewohnheit in der Welt ist, kann die Rechtsüberzeugung daneben erwachen.[3]) Immer aber wird das Rechtsgefühl im Gewohnheitsrecht überwiegen; zwei Dinge sind es die demselben die äußere, der Rechtsüberzeugung nicht bedürfende Kraft geben[4]), das Opfer[5]), was der Friedensschluß gekostet (eine bewußt wirkende Kraft), und der sittliche Geselligkeitstrieb, der an die Gewohnheit bindet (eine unbewußt wirkende Kraft).

---

aus sagen „Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stand in derselben die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen, wäre einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angethan werden könnte" (Hegel loc. cit. Seite 267). Denn dieses Absprechen ist dann ganz in der Ordnung, wenn noch historisch die Gewohnheit das Uebergewicht hat, und das Gesetz (weder als Aufschreiben der Gewohnheit noch als Setzen des Rechts) sich noch nicht entwickelte. Die Worte des großen von Savigny waren zu ihrer Zeit ganz am Platze, jetzt würde er sie nicht wiederholen. Der Philosoph Hegel übersieht, daß auch die dritte Wesensnorm sich rein historisch entwickelt. (Uebrigens wird die unbewußt gesetzte Gewohnheit schließlich doch auch von Bewußtsein erfaßt, ihre Gesetze sind also nicht so unbewußt, wie die der Sonne und Planeten, Seit 267 loc. cit.)

[1]) Die innere Verbindung des Menschengeschlechts, das von der Thierwelt dadurch geschieden, liegt im Füreinandersein der ganzen Gattung, welches das ewige Erbrecht ermöglicht. Dieses wiederum ruht auf dem Verallgemeineren, dem menschlichen Begriffbilden und dem Worte. Die Weitervererbung wird dann wieder ermöglicht durch das Gedächtniß, später mit durch die Schrift. Das Fehlen des Begriffswortes schließt das ewige Erbrecht in der Geisteswelt für das Thier aus, obwohl es die niedere Kraft des Gedächtnisses besitzt.

[2]) „Die Kraft des Rechts ruht im Gefühl, ganz so wie die der Liebe." Von Jhering „Kampf ums Recht" Seite 41.

[3]) Von Jhering stellt die Ueberzeugung beim „Volk" in Abrede. Kampf um's Recht Seite 26 und Seite 41. Rechtliche Ueberzeugung sei Abstraction der Wissenschaft, die das Volk nicht kenne. Ich nehme dasselbe an für die Zeit des Gewohnheitsrechts, in der Zeit des organisirten, modernen Staats und des verfassungsmäßigen Gesetzes unterschreibe ich es nicht. In dieser Zeit abstrahiren auch die Nichtjuristen. Deßhalb bleibt aber „der Urquell alles Rechts" immer das Rechtsgefühl, das dem Rechtstriebe unmittelbar entstammt.

[4]) Daß es daneben der äußeren Verwirklichung durch den Staat bedarf, der nach der Gewohnheit Recht spricht, ist an anderer Stelle nachgewiesen. Aber nicht das Schwert des Staates schafft zuerst Recht, sondern die erkämpften Friedensschlüsse des Volkes erzeugen es, welche dann das Staatsschwert wahren muß. Macht geht nicht vor Recht, sondern mit Recht. Immer ist der Rechtsgedanke „das Prius, die zwingende Kraft das Posterius." (v. Stintzing, „Macht und Recht", 1876, Seite 12.)

[5]) „Nicht die bloße Gewohnheit, sondern das Opfer ist es, welches das festeste der Bande zwischen dem Volke schmiedet, und welchem Volke Gott wohl will, dem schenkt er nicht, was es nöthig hat, noch erleichtert er ihm die Arbeit, es zu gewinnen, sondern dem erschwert er dieselbe." (V. Jhering, „Kampf ums Recht" Seite 13.)

Digitized by Google

Nachdem in der Gewohnheit Frieden geschlossen, kann der Friedensschluß der Gesetzgebung aus dem Grunde in einer späteren Zeit den Vorzug haben, weil er weniger Opfer kostet.

Und das ist in der Gegenwart der Fall:

a.) Weil das Gewohnheitsrecht den Grundstock des Rechts gegeben hat,

b.) weil dieser Grundstock von der Wissenschaft wissenschaftlich begriffen ist,

c.) weil die Satzung eines neuen, allgemeinen deutschen Rechts nicht der langen Dauer der Gewohnheit überlassen werden kann,

d.) Weil historisch in der dritten Wesensnorm das Gesetz das Uebergewicht gewonnen hat.

Zunächst sind weniger Opfer im Rechtskampfe überhaupt erwünscht. Widerspricht das nun der in der letzten Anmerkung citirten Ansicht von Iherings? Durchaus nicht! Damit sich der Grundstock des Rechts in der Urzeit und Nachzeit bilde, ist aus den von ihm genannten Gründen der Kampf nicht ein Fluch, sondern ein Segen[1]) und müssen Opfer sein.

Allein die Opfer bestehen doch nicht aus Sachen, sondern aus Menscheninteressen, ja Menschenleben, und deshalb ist eine Zeit erwünscht, wo ihrer weniger werden.

Ich begründe nun die vier Behauptungen, weßhalb das Gesetz in der Gegenwart die Opfer mindert.

a.) Der Grundstock des deutschen Rechts ist gegeben. Diese Behauptungen erhärten die Pandectenlehrbücher unserer Zeit, die Gesetzgebung der einzelnen Civilrechtsbücher, die ewig thätige Behandlung derselben seitens der Wissenschaft, die sie im Einklange erhalten hat und erhält mit dem gemeinen deutschen Recht (Preußen, Sachsen 2c.)

Der Gewohnheit bliebe nur die Fortbildung gegebener Institute und die Entwickelung neuer Lebensverhältnisse. Weil diese aber stets mit den alten im organischen Zusammenhange stehen, so braucht für diese die Gewohnheit nicht erst den Volkscharakter herauszukämpfen, sondern die Gesetzgebung kann sie mit Hülfe des Grundstocks im Volkssinne bewußt erfassen, und mit weniger Opfern dasselbe erreichen.

Man könnte sagen: Laßt es bei dem geschriebenen Recht, laßt das Spätere durch das Gewohnheitsrecht setzen! Allein die Forderung wäre nur berechtigt, wenn das Gewohnheitsrecht die friedlich wachsende blaue Blume der Romantisch-historischen Schule[1]) wäre, was es nicht ist.

---

[1]) loc. cit. Seite 13.

[2]) Von Ihering nennt die historische Schule mit Recht romantisch, denn sie ruht auf falscher Idealisirung vergangener Zustände; sie sucht eine „blaue Blume", die nirgend blüht aber auch nirgend geblüht hat.

Digitized by Google

Es braucht längere Zeit als das Gesetz, und da es Opfer im Kampfe kostet[1]), so kostet es mehr Opfer als dieses.

b) Dieser Grundstock des deutschen Rechts ist jetzt wissenschaftlich erfaßt. Auf den bekannten Streit zwischen Savigny und Thibaut hier einzugehen, ist nicht mehr nöthig. Ich verweise auf die treffliche Erörterung von v. Bethmann-Hollweg.[2]) Es wird jetzt nirgend bezweifelt, daß der von Savigny „gehoffte Fortschritt der Rechtswissenschaft“ stattgefunden hat.[3])

Die Wissenschaft aber, wenn sie soweit fortgeschritten, ist die wahre Friedeweberin für das Recht, und ermöglicht eigentlich erst die Opfer schonende Gesetzgebung. Nur müssen wir dafür sorgen, und daß dies geschieht zeigen alle jetzigen Bestrebungen, daß die lebendige Fortentwickelung des Rechts auch in der Wissenschaft neben dem Gesetzbuche bleibt. Von Savigny mochte damals in dieser Hinsicht gerechtere Befürchtungen haben, und sie waren es, die ihn zum Feinde der Codification machten, „denn für das in unserem Zeitalter nicht sehr bedeutende Gewohnheitsrecht einen solchen Kampf heraufzubeschwören, hätte sich nicht der Mühe verlohnt.[4])

c) Die Kämpfe vor der Gewohnheit dauern lang, die Ueberzeugung des Gesetzes schafft bald Frieden. Die Gesetzgebung des neuen deutschen Rechts kann nicht die Kämpfe vor der Gewohnheit abwarten. Mit dem deutschen Reiche war die Norm da: wir sollen eine deutsche Gesammtnation bilden! Daraus folgte die Norm: Schaffet ein einiges deutsches Recht![5]) Aber der Ausbau dieses Rechts war nicht gegeben.

Wohl ist der Gedanke des gemeinen Rechts nicht blos Gedanke geblieben, sondern durch Praxis und Wissenschaft über die Stämme hinweg stets Wille geworden, aber der Gang der Politik brachte zunächst die Entwickelung der vom gemeinen Rechte getragenen Particularrechte.[6])

---

[1]) Auch in der Gewohnheit muß ja der mächtigere Teil den unmächtigen im Kampfe erst überwinden. Cf. Stintzing „Macht und Recht“ Seite 11. Der Sachsenspiegel gesteht dies selbst zu, alte unrechte Gewohnheit will man „nu vore recht hebben“ — die Reflexion zeigt, daß sie dann noch nicht gemeine Gewohnheit ist. von Stintzing loc. cit.

[2]) „Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit“ 1876.

[3]) von Bethmann-Hollweg loc. cit. Seite 17.

[4]) Cf. von Bethmann-Hollweg loc. cit. Seite 17.

[5]) „Daß, wie die gemeinsame Wehrordnung und diplomatische Vertretung nach Außen und der einheitliche Handels- und Geldverkehr, so auch die gemeinsame Rechtsordnung, insbesondere die Einheit des bürgerlichen Rechts das Einheitsband der Stämme unbeschadet ihrer Eigenart und Selbstverwaltung stärken muß, während früher die theils historisch „gewachsenen“ (?), theils willkürlich gemachten Rechtsunterschiede Deutschlands mit seiner politischen Zersplitterung Hand in Hand ging, wird Niemand bestreiten wollen.“ von Bethmann-Hollweg loc. cit. Seite 3, 4.

[6]) von Bethmann-Hollweg loc. cit. Seite 4.

Digitized by Google

Ganz anders war es in der Zeit, als sich der nach einem Rechte verlangenden Nation das römische Recht darbot, welches die Hauptnorm ausfüllen sollte. Da war ohne Mühe scheinbar ein Recht gegeben! Aber der Schein zerfloß, im Kampfe[1]) mußte sich das deutsche verdrängte Recht mit dem römischen zur höheren Einheit des deutschen römischen Rechts einen.

Ich nehme nun als gewiß an, daß die Gewohnheit, wenn die Gesetzgebung still stehen wollte und könnte[2]), nachdem der nationale Einheitsgedanke erstarkt ist, auch trotz aller Particularrechte nach und nach ein neues deutsches Einheitsrecht mit Hülfe der Wissenschaft und der Praxis schaffen könnte. Aber das wäre für das Einheitsrecht ein langer, sehr langer und kampfreicher Weg zum ersehnten Ziele der Reichsgewohnheit. Ein viel schwereres Bedenken ergibt sich aber aus dem letzten Grunde.

d) Es liegt in der historischen Entwickelung, daß die Uebung heut selten mehr Gewohnheit wird; deßhalb muß nach der dritten Wesensnorm und in Folge der Kraft des sittlichen Geselligkeitstriebes das Gesetz die Hauptrechtsquelle bilden.

Der Gesetzgeber kann gar nicht das „Volk" nur noch auf die Uebung verweisen. Wir Alle, und wir Alle sind eben das „Volk" (Juristen wie Laien), wollen das klare Gesetz, wir warten nicht erst auf die Gewohnheit.

Der Staat kann auch gar nicht keine Gesetze geben. Denn der Staat ist kein übermenschliches Ding, seine Organe sind Menschen und stehen unter dem Entwickelungsgesetz.

Trotzdem daß dieser historische Grund uns in und mit der Geschichte lebenden Menschen genügen muß, will ich versuchen, auch das Princip dieser Entwickelung ein wenig aufzuhellen.

Das Princip liegt im Zurücktreten des unbewußten Rechtsgefühls hinter die bewußte Rechtsüberzeugung.

Die Rechtsüberzeugung hat folgende Eigenschaften:

1) Sie wirkt in Wort und Schrift leicht vom Ich zum Ich.

2) Sie fordert nach ihrem Siege das geschriebene Wort für Alle.

Was ist die Rechtsüberzeugung? Zunächst nicht das unbewußte Gefühl, sondern das bewußt ausgesprochene Wollen, daß etwas Recht sei. Die Ueberzeugung sucht nicht die concludente Handlung der Gewohnheit, sondern bedient sich des Wortes und der Schrift. Schon deßhalb wirkt sie leichter.

---

[1]) Auch die Reception wuchs nicht wie eine Blume, sondern war heißer Kampf, allerdings unterstützt von der Macht der römischen Logik und dem bewältigenden Eindruck der antiquen Welt.

[2]) Die 3. Wesensnorm ist mit ihrer Entwickelung keine positive Rechtsnorm und zwingt auch die Gesetzgebung des positiven Rechts.

Digitized by Google

Sie wirkt aber auch jetzt leichter, weil sich das öffentliche Leben wie das private durch unsern Verkehr total geändert hat. Man betrachte die Zeit der Eisenbahnen, der Telegraphen, der Posten, der Zeitungen, und vergleiche sie mit einer Zeit, wo Alles das so gut wie fehlte! Taucht ein neues Lebensverhätniß auf, so spricht sich jetzt leichter aus, was Recht sein soll, wie damals, als in der abgeschlossenen Stadt sich mühsam ein Stadtrecht bildete.

Die Rechtsüberzeugung fordert die Schrift, denn sie weiß, daß die mündliche Tradition unsicher ist. Ihr Vertrauen besitzt nur das geschriebene Wort.

Hiermit habe ich versucht, in dem Triebe ein Princip, eine wiederum treibende, immomente Kraft nachzuweisen, durch welche in der Entwickelungsgeschichte die Gewohnheit verkümmert und das Gesetz ausgebildet worden ist.

Nun könnte mir Jemand sagen: Du setzest die Romantik gar in die Gegenwart, und nicht wie die historische Schule in die Vergangenheit, d. h. du idealisirst fälschlich gegenwärtige Zustände!

Allein ich idealisire nicht! Ohne Rücksicht auf irgend einen Wunsch, irgend ein Ideal, forsche ich in der Willenswelt des Rechts nach der Wahrheit und nur nach der Wahrheit. Die Kraft der Wahrheit wirkt nicht in der Gegenwart „still“, die Macht der Ueberzeugung erschließt sich nicht allmählig die Gemüther. Die Ueberzeugung wirkt heut nicht „romantisch“[1]). Die Romantik ist Lüge, Schein, Trug![2])

Die Meinungen werden ausgesprochen, die logischen und praktischen erringen eben hierdurch den Sieg gegen Andere, wiederum Andere werden mühsam gewonnen und überzeugt; nach längerer Dauer oder (bei zwingenden neuen Lebensverhältnissen: Patentrecht, Viehseuchen, Reblaus, Amerikanisches krankes Schweinefleisch 2c. 2c. 2c.) nach kürzerer sind große Kreise für die Ueberzeugung gewonnen, auch das Ohr der regierenden Gewalt vernimmt dieselbe und die Regierung nimmt Stellung, der Volkswille äußert sich im Reichstage, durch dessen Oeffentlichkeit die Sache im wahren Sinne Volkssache wird, es wird für und wider gesprochen und erwogen und nach heißer Arbeit erscheint das neue, mit Motiven versehene Gesetz. Auch dies ist ein Friedensschluß, ich mag nicht sagen immer nach langem Kampf, aber gewiß immer nach langem Ringen.

So ist denn diese Ansicht nichts weniger als „romantisch.“ Wir suchenkeine blaue Blume, wir können uns nicht auf das stille Wachsen des Waldes verlassen und mit den Romantikern im Rechte wünschen,

---

[1]) Kampf um's Recht, Seite 5.
[2]) Ob dies für manche Meinungen und Wünsche schmerzlich ist, das ist für das Wissen völlig gleichgiltig!

Digitized by Google

„die Füße in die Erde zu stecken, Wurzel zu schlagen und zu wachsen wie die Pflanzen.“

Unsere Zeit verlangt ernste Arbeit und hartes Ringen. Wir müssen statt des „Waldes“ selbst den „Forst“ pflanzen, wir können nicht von blauen Blumen träumen und müssen Saat säen um zu ernten. Aber haben wir den Forst weniger lieb als den Urwald? Oder erfreut uns das wogende Aehrenfeld weniger als die blaue Blume? Nein! Ja es ist uns selbst eben so heilig, wie jene, denn wir wissen, daß wir allein doch nicht die Aernte schaffen obwohl wir säen. Der sittliche Geselligkeitstrieb, der Rechtstrieb heiligt das Gesetz so gut wie die Gewohnheit. Und das Opfer der Arbeit verbindet uns innig mit diesem wie mit jener!

Ich höre schließlich noch den Einwand: Eine gemeinsame Rechtsüberzeugung kann es nicht geben, denn es gibt keinen gemeinsamen Verstand und kein gemeinsames Hirn, mit dem dieser denken könnte. Der Staat ist kein Ich!

Gibt es aber etwa in diesem Sinne ein gemeinsames Rechtsgefühl für ein bestimmtes Gewohnheitsrecht?

Das Gefühl des Einzelnen wird beim bestimmten Lebensverhältniß zur unbestimmten Gefühlsäußerung, und die herrschende Gefühlsrichtung entsteht dadurch, daß die Mehrzahl sie theilt. Und wenn es die Minderzahl nicht theilt? Dann muß die Mehrzahl diese überwinden, bis der Friedensschluß der Gewohnheit erfolgt, der für Einzelne immer kein befriedigender Friede sein wird. Die Macht der Mehrzahl ist auch bei der Gewohnheit ein Element des Rechts[1]), nur wird das weniger erkannt als bei unseren parlamentarischen Verhandlungen ꝛc. Was die Minderheit zwingt, sind der Rechtstrieb und die Wesensnormen.[2]) Was das Recht schließlich in der Anwendung verwirklicht, ist hier wie dort das Schwert des Staates. Aber die Gewohnheit hat nicht nur nichts vor dem Gesetz auch in dieser Hinsicht voraus, sondern steht auch hier hinter diesem zurück. Es kann auch gar nicht anders sein, denn das später Entwickelte muß das organisch Bessere sein!

Oft, nicht immer, siegt bei der Gewohnheit die Mehrheit durch rohen Kampf, durch Gewalt, und erst spät nach dem Friedensschluß wird das von der Minderheit vergessen.

Beim Gesetz aber siegt zwar auch die Mehrheit, aber die Minderheit kann vorher durch Wort und Schrift alle Hebel in Bewegung setzen, um Andere mit zu überzeugen. Für ein unbestimmtes Gefühl fehlen diese Mittel oft ganz. Es heißt für die Gewohnheit fast stets: Im Kampfe sollst Du Dein Recht finden! Es kann auch für das Ge-

[1]) von Stintzing loc. cit. Seite 9.
[2]) Diese tiefere Begründung vermisse ich bei von Stintzing und Andern.

Digitized by Google

setz, wenn es sich um wichtige, politische Interessen handelt und die Ueberzeugungen noch weit auseinandergehen, derselbe Satz gelten. Doch ist das durchaus nicht die Regel! Meist lautet er: In der Geistesarbeit sollst Du Dein Recht finden!

Der Gegensatz des Kampfes ist der Friede. Zu diesem führt das Gesetz eher als die Gewohnheit. Der Gegensatz der Arbeit ist die Trägheit. Zu dieser führt das Gesetz nicht, es verdoppelt die Arbeit. Es verdoppelt damit aber die bewußte Fortentwickelung, die kein träges Unterlassen[1]) duldet. Arbeit ist unser Menschenloos aber auch unsere Menschenfreude, ein Leben in einem thatenlosen „Paradies" ertrügen wir, wie wir Modernen sind, nicht! Wer zur Minderheit zählt und nach dem Gesetz sich sträubt, handelt unrecht aber auch nicht moralisch gut. Wer vor dem Gesetz den Kampf aus Moralgründen aufgibt, nachdem er gesehen daß seine friedliche Ueberzeugung nicht wirkt, den kann kein Vorwurf treffen. (Auch von Ihering fordert durchaus nicht stets den Kampf!) In der Moral gilt das Entsagen und Dulden, was im Rechte nicht gilt, aber nur die zwingendsten Moralgründe sollten Einzelne zu diesem Indifferentismus führen, denn das Recht ist eine menschliche That, aber der Rechtstrieb und die Wesensnormen sind ihm angeboren, also nicht, wie das Gesetz, von ihm gesetzt. „Ein Mensch sein heißt ein Kämpfer sein!" Der „Rechtsphilister" macht sich zum Wurm, und dieser „kann nachher nicht klagen, wenn er mit Füßen getreten wird." (Kampf um's Recht S. VIII.)

Ich hoffe hiermit den Vorzug der Rechtsquelle des Gesetzes für die Gegenwart kritisch nachgewiesen zu haben.

Die Gegenwart hat aber noch einen anderen Grund dafür, daß sie nicht mehr Gewohnheitsnormen schafft und beim werdenden Recht nicht der Gewohnheit sondern dem Gesetze gehorchen will. Das Gewohnheitsrecht hat die Eigenschaft zu localisiren, zu particularisiren, zu zersplittern, denn die Uebung ist gern so local als möglich, wenn nicht das ihr zu Grunde liegende Lebensverhältniß nicht localer Natur ist.[2]) Nun geht aber der ganze Zug der Gegenwart dahin, das Recht so sehr als möglich zum einheitlichen zu machen. Dieser Zug liegt im nationalen Wesen der Jetztzeit, mithin muß der Trieb eine Quelle

---

[1]) Ich habe das bei meinen Commissivdelicten durch Unterlassung am Schlusse bei den Commissivdelicten gegen die Gattung, die kein Gesetzbuch umfassen kann und soll (weil hier oft die Moral eingreift), nachgewiesen.

[2]) Dies ist beim Handelsrecht der Fall. Die Lebensverhältnisse desselben sind kosmopolitisch. Auf anderen Gebieten geht beim Gewohnheitsrecht sehr gern der engste und nächste Rechtskreis allen weiteren vor. — Es könnte die Reichsgewohnheit entstehen, aber erst nach langer Zeit. Da indessen ihre Quelle verkümmert ist, wäre es unklug, auf ihr etwaiges Erwachen zu warten. Der Königssohn, der das Dornröschen des Reichscivilrechts weckt, ist das Gesetz.

Digitized by Google

fordern, die ihm einheitliches klares Recht setzt.[1]) Diese Forderung ist Dank den Thaten unserer Tage geworden. Wir fordern jetzt, was wir jetzt sind.[2]) —

§. 16.

Die Elemente des Rechts.

Nachdem wir die Quellen des Rechts geprüft, und das eine Becken, aus dem es entströmt, gefunden und schon daraus die Gleichberechtigung beider Quellen erkannt haben, wollen wir noch eine Untersuchung des lebendigen Wassers selbst anstellen. Wir haben dasselbe erst dann zu prüfen, nachdem es eine Strecke von den Quellen zum Bache erstarkt ist, der Mühlen treibt, oder gar im weiteren Verlaufe zum Strom geworden ist, der den ganzen Verkehr regelt, denn wir haben es nie mit einem Urrecht, sondern stets mit einem historischen Rechte zu thun.

Es ist Leist's großes Verdienst, auf die Stoffe des Rechts aufmerksam gemacht zu haben.[3]) Ich werde ihm folgen und angeben, worin ich von ihm abweiche.

Das erste Element ist nach Leist das legale Element.[4]) Die Rechtssatzung ist in ihrem vollsten Gehalt anzuwenden.

Leist gesteht zu, daß das Gesetzgebungselement daneben des Herkommens- oder Gewohnheitsrechts bedürfe, und zwar müsse das schon beim indogermanischen Urvolk vorkommende Herkommen (ἔθος) den primären Platz in der Bildung des Rechts noch heut einnehmen.

Nach meiner Auffassung scheidet das sog. „legale Element" aus dem Rechtsstoff aus. Unter diesem kann man bildlich das strömende Quellwasser verstehen, dann sind die Quellen nicht Element des Wassers.

Gesetz und Gewohnheit ruhen auf dem sittlichen Geselligkeitstrieb des Menschen. Das Element ist kein Element des positiven Rechts, sondern eine arterhaltende Eigenschaft des homo sapiens. Und wenn die Gewohnheit in der historischen Entwickelung neben dem Gesetz verkümmert, so hat dieses den primären, weil einzigen Platz.

---

[1]) Man könnte daran denken, nur die Particular-Gewohnheit zu verbieten und die nationale Reichsgewohnheit zu lassen. Entsteht diese, so ist das Verbot sicher unwirksam (Bruns bei von Holtzendorff loc. cit. Seite 400), aber mir ist jetzt fraglich geworden, ob sie entsteht, ob das Gesetz im Verbote einen „Kampf mit dem Gewohnheitsrecht" wagt, ob nicht der Gegner in ihm aufgegangen ist?

[2]) Denn wir fordern die Verwirklichung unseres jetzigen Wesens.

[3]) Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts. Jena 1877.

[4]) Seite 158 loc. cit.

Digitized by Google

Das zweite Element ist nach Leist das logische Element. Aber die logisch-begriffsmäßige Construction schafft nach ihm nie den Stoff oder ist nie selbst Stoff; sie ist formale Thätigkeit mit gegebenem materiellen Stoff.[1]) Ich habe dies anders ausgedrückt, indem ich hinter dem Recht die auf dem sittlichen Geselligkeitstrieb ruhenden Wesensnormen annehme: der Trieb treibt zum Ausdruck des Willens, und zwar zum logischen Ausdruck in der Gewohnheit oder im Gesetz.

Das dritte Element ist nach Leist das hypostatische Element[2]), welches aus fünf Stoffen besteht, und zwar sind diese:

1) die über den Individuen stehende reale Naturordnung (mit Einschluß der verwandten rerum natura.)
2) die über den Individuen stehende national-bürgerliche Ordnung.
3) das in individuellen Rechtsverhältnissen praktischen Lebens nie zu verleugnende Zweckmäßigkeitsbedürfniß.
4) die in dem Individuum liegende concrete Spontaneität.
5) das die Individuen durchziehende Allgemeingleiche.[3])

Was die reale Naturordnung betrifft, so stimme ich Leist in seiner Auffassung völlig bei und behaupte, daß dieselbe ein Rechtselement, aber niemals Rechtsquelle ist.

Die civilis ratio nennt Leist das in jedem entwickelten Recht den Umfang weitaus überwiegende, das eigentlich staatlich-bürgerliche Element, in welchem, wenn Staats- und Volksgrenzen in gesunder Weise einander correspondiren, der nationale Charakter der Staatsgenossenschaft vorzugsweise zum Ausdruck kommt.[4])

Nach meiner Auffassung ruht die civilis ratio, die ganze Summe der einem Volke eigenartigen Grundgedanken für den allmäligen Auf- und Ausbau ihres Rechtssystems direct auf dem sittlichen Geselligkeitstrieb, denn dieser muß stets einen nationalen Charakter haben.

Den dritten Stoff nennt Leist den finallimitirten Rechtsstoff (Utilität, Opportunität, Singularität).[5]) Dies bildet das Wohlfahrtsrecht, dem aller Ausnahmscharakter fremd ist, und bei dem man geradezu wieder von Utilitätsprincipien reden kann. Leist hat sicher darin Recht, daß es an einer dogmatischen Zusammenarbeitung dieses großen Gebiets in unserer heutigen Wissenschaft noch ganz fehlt.[6])

Hier ist das Gebiet meiner angegriffenen „positiven Institute;“ die publica utilitas, die spezifisch juristische utilitas, und die privata

[1]) Seite 167 loc. cit.
[2]) Seite 168 loc. cit.
[3]) Seite 169 loc. cit.
[4]) Seite 175 loc. cit.
[5]) Seite 176.
[6]) Seite 178. Selbst Puchta, der Leist citirt, verwechselt es mit dem Gebiet der Aequität.

Digitized by Google

utilitas schaffen ihre Bollwerke für die individuelle Freiheit im Interesse des nationalen Lebens, die mit dem Fundamente des Vertragsrechts nichts gemein haben.[1])

Leist selbst zählt das Vertretenwerden der absentes (fr. 33 § 2 de procurator. 3,3: publice utile est absentes a quibuscunque defendi) hierher.

Befremdet hat es mich schon früher, daß Leist nicht die negotiorum gestio hierher zählt. Die Stelle § 1 J. de oblig. quasi ex contr. III. 27 sagt ausdrücklich „idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demendata negotiorum suarum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia.“[2]) Die Abwesenheit ist ein Zustand der Unfähigkeit oder ein vorübergehender Nothstand.[3]) Wird sie zum Zustand, so tritt heut das positive Institut der Abwesenheitsvormundschaft[4]) an ihre Stelle.[5])

Der vierte Stoff ist nach Leist der Voluntare.[6]) Dieser ist früher übertrieben verwendet worden[7]) und wird noch als quasi-Vertrag übertrieben verwendet.[8]) Wohl ist es durchaus zulässig mit dem concret probabeln[9]) d. h. dem vorhandenen aber nicht geäußerten Willen zu construiren, wenn der Wille indirect geäußert ist. Ich selbst habe bei dem Unterlassungswillen einen Interpretationswillen klargelegt, welcher die vorhandenen anderen Willen erkennnen läßt.[10]) Wenn aber kein Wille vorhanden ist, so kann man nicht mit einem lediglich abstract

[1]) Ausscheiden möchte ich im Unterschiede von Leist aber 2 Dinge, das öffentliche Interesse am Bestraftwerden der Vergehen, das heut in das abgetrennte Gebiet des Strafrechts gehört (Seite 180 Nr. 3) und die Eheschließung Seite 181 Nr. 6). Die Letztere gehört mit dem Erbrecht ihrer Natur nach einer besonderen Rechtsgruppe an, sonst würde ja das Familien- und Erbrecht zum großen Theil hierher gerechnet werden müssen, eine Anordnung, die sich mit dem System nicht verträgt.

[2]) Mein „negotium utiliter gestum“ Seite 9.

[3]) Leist loc. cit. Seite 177.

[4]) Cf. mein „Grundprincip der negotiorum gestio“.

[5]) Hier zeigt es sich, daß die einzelnen Institute nicht mit scharfen Grenzen abschließen. Wollte man Abwesenheitsvormundschaft und neg. gestio für etwas Verschiedenes halten, so würde man schwer irren. Indessen wie wir trotz der Naturforschung die Racen im praktischen Leben abgrenzen müssen (Leist loc. cit. Seite 159), so müssen wir m. E. auch im praktischen Recht trotz der Rechtsforschung Grenzen ziehen.

[6]) Seite 184 loc. cit.

[7]) Seite 184 Anm. 1 loc. cit.

[8]) Ich habe dies früher bei den Testamentsvollstreckern nachgewiesen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts XX. Band, 1. und 2. Heft, 1881, Seite 102 bis 106.

[9]) Seite 189 loc. cit.

[10]) Meine „Commissivdelicte durch Unterlassung“, Seite 409, Seite 47 und 48.

Digitized by Google

probablen Willen[1]), mit einer Fiction, construiren, denn aus Unwahrem kann nicht praktische Rechtswahrheit folgen; der abstract probable Wille ist für die dogmatische Analyse nicht zu verwenden. Die negotiorum gestio ruht auf einem Utilitätselement und nie auf einem voluntaren, wenn sie nicht etwa durch nachfolgende Genehmigung ihren reinen Utilitätscharakter ändert.

Das voluntare Gebiet ist so recht das Wirkungsgebiet des Gewohnheitsrechts, während die Utilität weit mehr die Reflexion des Gesetzes voraussetzt. Vor dem Gesetz versucht die Rechtslehre oft unbewußt entstandene positive Institute irrig durch Verträge zu erklären, weil diese nicht ihr Wille bewußt geschaffen, sondern weil sie ihr gleichsam von einem inneren Zweckgedanken aufgedrängt worden sind.

Der schwierigste Stoff Leists ist der fünfte, die Aequität. Daß sie nicht naturalis ratio (v. Savigny) noch Wohlfahrtsrecht ist (Puchta), gebe ich zu[2]). Aber was ist sie dann? Kant sagt: die Billigkeit ist eine stumme Gottheit, die nicht gehört werden kann. Sie hört allein das Gewissensgericht (forum poli) und nicht das bürgerliche Recht (forum soli).

Indessen Kant kennt nicht den modernen Staatsbegriff und nicht das auch andere Zwecke verwirklichende Recht im weiteren Sinne. Hierauf fußt auch seine nirgend mehr anerkannte Ansicht von der Gnade, die ihm das größte Unrecht gegen die Unterthanen ist, wenn nicht ein crimen laesae majestatis vorliegt, bei dem der Souverän von der Gnade Gebrauch machen darf, wenn nicht auch hier Gefahr für das Allgemeine droht. Da nach unseren Begriffen die Majestät nicht und nie von der Person zu trennen ist, so ist nach Kant das höchste menschliche Recht der Gnade ganz ausgeschlossen. Gnade wie Billigkeit finden nach ihm kein Gehör in der Rechtswelt[3]).

Windscheid sagt: billig ist das den thatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht, d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der thatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet,

---

[1]) Leist Seite 189 loc. cit. Cf. mein negotium utiliter gestum Seite 110 bis 112. Das Nichterreichtsein des Erfolgs läßt doch den Anspruch bestehen. Daher ist die publica utilitas absentium (nicht absentis) das Ueberwiegende. Die Stelle fr. 38 (39) de negot. gest. 3,5 (Leist Seite 190 Anm. 7) spricht nicht von dem Falle, daß der Erfolg wieder unterging, ehe der absens zurückkam und Nutzen von ihm hatte, in diesem Fall liegt keine melior conditio ignorantis et inviti vor. Leists „vollendete Thatsache" des Nutzens ist für mich nicht überzeugend. Wenn jemand mein Haus stützt, das aber abbrennt ehe ich zurückkehre, so habe ich speciell keinen Nutzen von der Geschäftsführung. Aber die utilitas absentium bleibt, denn nur die Sicherheit des Anspruchs veranlaßt den gestor zum Einschreiten (§. 7 J. 3,27 c. f.).

[2]) Leist loc. cit. Seite 190.

[3]) Kant, Metaphysik der Sitten.

Digitized by Google

welches Berücksichtigung verdient, und jedes gerade diejenige Berücksichtigung findet welche seine Natur fordet. Jus aequum ist nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht. Die Billigkeit ist das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volkes zu streben hat. (ars boni et aequi.)[1])

Von Ihering nennt die Billigkeit das praktische Ziel der Gerechtigkeit in der Herstellung der Gleichheit, das Gleichgewicht zwischen Verdienst und Lohn, zwischen Strafe und Schuld.[2])

Leist nimmt eine selbständige Aequität an.[3]) Sie ist ihm die Humanität im Gebiete der sozialen Ordnung.[4]) Die Humanität ist = Gleichheitsgefühl = Aequität. Sie ist eine Macht von ungeheurer Naturkraft. Sie stellt sich mahnend über das Recht.[5]) Sie ist nach Leist kein Ideal sondern eine Aufgabe.[6])

Schon der Umstand, daß nach Leist die Aequität über dem Recht steht, läßt mich erkennen, daß seine „Billigkeit" nicht dem Recht, sondern der Moral im engeren Sinne angehört. Und diese ist ja auch nach meiner Auffassung die wohlthuende Macht, die dem „rein dynamischen Spiel der Kräfte und Interessen gegenüber steht"[7]), denn sie steht über dem Kampf ums Recht, sie will nicht nur die menschlichen Friedensschlüsse des Gesetzes und der Gewohnheit, sondern den ewigen Frieden der Selbstverleugnung und der Menschenliebe.

Ist sie aber darum, wie Kant glaubt, eine Stimme, die das Recht nicht hören soll? Nimmermehr! Denn der moderne Staat hat ja auch die äußeren Anforderungen der Moral mit zu verwirklichen. Weil aber dieser Staat ein Rechtsstaat ist in dem richtigen Sinne, wie ihn H. Schulze definirt[8]), so ist die Billigkeit erst dann anzuwenden, wenn Gesetz oder Gewohnheit sie in den Normen anerkannt haben.[9]) Die ungeheure Macht der Moral wirkt zunächst auf den Gesetzgeber[10]), der sich ihren äußeren Normen nicht verschließen kann, wie sie früher, kraft der höheren Einheit mit dem Rechte, auf die Gewohnheit wirkte.

„Der Gesetzgeber kann aber auch, wo das Verhältniß dies zuläßt und erfordert, den Richter anweisen, selber jenen Maßstab anzulegen"[11]) und ihm eine actio in bonum et aequum concepta gestatten. Im römischen Recht war dies in sehr viel Fällen der Fall und es ist Leists

[1]) Pandecten 5. Aufl. I. Band Seite 70.
[2]) Zweck im Recht, Seite 354.
[3]) Leist Seite 191 loc. cit.
[4]) Seite 192 loc. cit.
[5]) Seite 194 loc. cit.
[6]) Seite 201 loc. cit.
[7]) Leist, Seite 202 loc. cit.
[8]) Preuß. Staatsrecht B. I. S. 145 Anm.
[9]) Windscheid, Pand. I. Seite 71.
[10]) v. Ihering, Zweck im Recht I. Seite 354. „Die Lösung ist im Staat Sache des Gesetzgebers."
[11]) v. Ihering, Zweck im Recht, Seite 354.

Digitized by Google

Verdienst, dieselben mit ungeheurem Fleiße zusammengestellt zu haben[1]). So lange das gemeine römische Recht gilt, müssen diese Stellen ihre volle Bedeutung behalten.

Freilich ist die Stellung des heutigen Richters eine andere als die des römischen (Windscheid, Pand. I S. 71 Anm. 4.) Immerhin aber wird er in dem Falle, wo ihn das positive Recht darauf hinweist, die Freiheit der Bewegung haben, mit dem Rechte die Billigkeit zu befriedigen. Dies wird auch dann der Fall sein, wenn etwa im neuen Gesetzbuch die allgemeinen Billigkeitslehren der Römer fehlen und nur aus dem Grundprincip des Gesetzes zu schöpfen sind. Läßt doch auch das positive, nicht von Billigkeit sprechende Strafgesetzbuch derselben im Strafmaße doch freien Raum.

Nur muß man nicht annehmen, daß der Richter ohne den Gesetzgeber nach der Billigkeit richten könne. Der Richter hat das positive Recht[2]) anzuwenden und keine subjective Billigkeit.

Das vierte Element ist das historische Element[3]). „Die Einsicht daß das Recht als ein stetes Werden nur geschichtlich begriffen werden kann ist das Verdienst der historischen Schule"[4]). Die Natur des Gegenstands des Rechts, der wandelbare Wille, macht das Recht zu einem historischen.

Es liegt also dieses Element in dem Trieb und den Wesensnormen.

Das fünfte Element Leists ist das philosophische Element.[5]) Indessen seine „philosophische Thätigkeit" soll sich frei fühlen von der Rücksicht auf die practische Verwendung in der Gegenwart eines bestimmten Landes[6]), und damit ist für mich, der ich nur einen nationalen Rechtstrieb kenne, dieses Element als stoffliches Element für das positive Recht ausgeschlossen und in seiner Abtrennung der reinen Philosophie überwiesen.

[1]) Leist loc. cit. Seite 209 bis 243. Ich bemerke, daß ich mit Leist darin übereinstimme, daß die aequitas der Talion zu Grunde liegt (gleiche That wegen gleicher That!) die ich noch heute verwerthet wissen will (Leist Seite 91 loc. cit.) — Im Endziel des Rechts (ein Recht für die civilisirte Menschheit, Seite 173 loc. cit.) weiche ich von Leist ab (Seite 472 der Commissivdel. d. U.)

[2]) Das positive Recht braucht aber nicht stets ein striktes zu sein. Es kann dem Ermessen Spielraum lassen. Das Beispiel Kants (Rechtslehre. Einleitung. Anhang I. die Billigkeit), der meint, der Richter dürfe nur bestimmte Schadensansprüche zusprechen, hält vor der freien Beweistheorie nicht mehr Stich! — Zunächst hat aber der Richter die Gleichmäßigkeit in der Anwendung des Gesetzes auf den einzelnen Fall zu wahren, wollte er dem „inneren Gleichgewicht" ohne Zulassung des Gesetzgebers folgen, so würde an Stelle des Rechts eine völlig ungerechte Willkür treten. Cf. von Ihering, Zweck im Recht, Seite 354 und 355.

[3]) Seite 202 loc. cit.

[4]) Seite 203 loc. cit. Cf. A. Schmidt, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht Seite 5.

[5]) Seite 203 loc. cit.

[6]) Seite 205 loc. cit.

Digitized by Google

Das aber, was Leist den praktisch wissenschaftlichen Standpunkt nennt[1]), ist von der Rechtsphilosophie nicht zu trennen, und die Abneigung Leists gegen den Bund des praktisch verwendeten und zu verwendenden Rechts (Wissenschaft und Gesetzgebung) mit der Philosophie erklärt sich wohl aus dessen engem Anschlusse an die historische Schule.

Ich sehe mit Dahn[2]) die Aufgabe der Gegenwart in der Verwerthung der Ergebnisse der historischen Schule durch die Speculation. Die speculative Philosophie darf die von Empirikern gefundenen Wahrheiten nicht ignoriren, sie muß auf dem Grunde der Ergebnisse der historischen Schule arbeiten.[3])

Für diese Speculation, die einen historischen Gegenstand behandelt, gilt freilich der Satz, daß sie selbst historisch wird.[4]) Sie wird eine Geschichte der Speculation auf Grund der Geschichte. Wie für sie jetzt die historische Schule eine vergangene und überwundene Einseitigkeit enthält, wird in der Entwickelung sie vielleicht später überwunden werden. Indessen theilt sie das Schicksal mit dem Recht, und muß sich damit bescheiden, höheren unhistorischen Objecten die Pfade zu bahnen. Uns im Recht über den gegenwärtigen Standpunkt der Entwickelung zu stellen, ist für uns als Rechtswesen unmöglich und undenkbar.

Die speculative Verwerthung des historisch Gegebenen ist keine Rechtsquelle. Ueberhaupt finden wir in allen „Elementen" keine Rechtsquelle, sondern eben nur Stoff für den Ausbau des positiven Rechts, der erst in Gesetz oder Gewohnheit Rechtsstoff wird.

Da aber das Gesetz den Stoff mit Ueberzeugung und Ueberlegung zu verwerthen hat, so kann es vor dem Gesetzesakte die Stoffe bewußt prüfen und verwerthen. Bei dieser Operation ist das hypostatische Element Leists mit seinen 5 Stoffen (naturalis ratio, Nationalität des Triebes, Wohlfahrtsrecht = Zweckbegriff fürs allgemeine Wohl, Vertragswille, Billigkeit) von größter Bedeutung.

Insbesondere wird der Zweckgedanke fürs allgemeine Beste beim positiven Recht wie de lege ferenda genau zu erörtern sein.

§ 17.

Die Natur der Sache.

Wie im täglichen Leben, so hört man auch im Rechte oft das Wort: das liegt in der „Natur der Sache", und weil die Sache mit

[1]) Seite 204 loc. cit.
[2]) Dahn, Bausteine 4. Reihe 1. Schicht Seite 294.
[3]) Dahn loc. cit. Seite 296 Anm.
[4]) Adolf Schmidt, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, S. 5 Anm. 2.

Digitized by Google

uns zur Zwecksache wird, ist es sehr verführerisch, Zwecke in der Sache anzunehmen, die wir doch erst selbst schaffen. Prüfen wir die berüchtigte Natur der Sache näher! —

Die „Natur der Sache" ist keine Rechtsquelle neben dem Gesetz und der Gewohnheit. Sie bedeutet nach dem römischen Rechte das factisch Existirende. (Cf. die Stellen bei Leist: Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts Seite 5 u. a. „non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat" fr. 2 pr. de coll. 37, 6). Sie ist das Reale in den socialen Verhältnissen (Leist loc. cit. Seite 8), die reale Naturordnung. Daß man an der Luft, der Welle, dem Meere keine abgesonderten Einzelrechte denken kann, davon liegt der Grund in dem realen Wesen (im Gegensatz zum Wesen „an sich") dieser Dinge selbst[1]), d. h. in der Erscheinung.

Allein was ist denn das Reale? Bedarf nicht auch seine Erfassung der Philosophie? (Dahn sagt, daß in den Begriffen lex naturalis, naturalis ratio eine geniale Philosophie stecke). Die Auffassung Leists ist römisch, gewiß, aber vor der Philosophie nach Kant hält sie nicht mehr Stand. Es gibt keine Sache, jede Sache wird durch uns zur Erscheinung. Es gibt keine objective Natur der Sache![2]) Die Natur der Sache bezeichnet nur den Zweck, der erreicht werden soll[3]) und der bei jedem Volke und bei demselben Volke zu verschiedenen Zeiten ein verschiedener sein kann.

An Stelle der „Natur der Sache" haben wir also das Zweckgesetz zu setzen. Von den äußeren Erscheinungen, die als Dinge an sich durch uns erst werden was sie uns sind, werden wir getrieben, sie zu unserem Zwecke zu benutzen. Da aber erst der Geselligkeitstrieb treibt, diese Zwecke in der Norm für Alle rechtlich festzusetzen, und dieser stets ein nationaler ist, so erhalten wir einen nationalen Zweck der Dinge, der der zeitlichen Aenderung unterliegt, während wir von dem bleibenden Ding an sich nichts sinnlich wissen. Eine römische Stadtgemeinde bestellt am Wald gegen Entgelt einen usus fructus und verpachtet ihn, die germanischen Markgenossen bestellen dingliche, an die Höfe geknüpfte Nutzungsrechte[4]). Wo bleibt die objective „Natur der Sache?"

Ein Einwand bleibt noch: es könnte scheinen, als ob doch etwas Bleibendes in dem Verhältniß der Sache zu dem Menschen liegen müsse, da doch beide einen bleibenden Kern (Materie) haben, und selbst der strengste Kantianer neben „dem Ding an sich" die „Materie" nicht

---

[1]) Leist loc. cit. Seite 10; pr. § 1 J. de rer. div. 2,1 quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, und fr. 3 § 5 de adqu. poss. 41,2: contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.

[2]) Dahn, Bausteine loc. cit. Seite 241.

[3]) Dahn loc. cit. Seite 243.

[4]) Dahn loc. cit. Seite 242.

Digitized by Google

überzeugend negiren, sondern nur sagen kann, daß sie eben nicht die Erscheinung ist.

Nehmen wir das obige Beispiel. Es ist da: die Erscheinung der Gemeinde und die des Waldes. Liegt es nun nicht in der Natur der Sache, den Wald zu verwerthen und seine Substanz zu schonen?

Hüten wir uns vor der Täuschung der Erscheinung! Der Schonungsgedanke wird erst spät aufgetaucht sein, als sich im Raume Dinge und Menschen mehr drängten. Im Urwald war er sicher nicht vorhanden.

Selbst bei den Sätzen, die ewig fest zu stehen scheinen, der Freiheit der vorbeifließenden Welle, der Luft, des Meeres, ändert die Industrie und die menschliche Macht (Schutz der Küste und Eigenthum soweit die Geschütze tragen) den Zweckgedanken.

Der Satz aber, daß nicht zwei dasselbe körperlich besitzen können, zeigt uns, daß im Zweckgesetz die Logik waltet, wie überall. Und nur soweit das Zweckgesetz ein zwingendes ist, ein logisches ist, kann man sagen, daß ein Zweck mit den Dingen gegeben sei. In jedem anderen Falle unterliegt der Zweck der historischen Entwickelung. Die Erscheinung kann ihn nicht für immer aus sich geben. Es gibt Männer und Weiber, daraus folgt maris atque feminae conjunctio, aber wie vielgestaltig ist das Geschlechtsleben bei den Völkern, und Mönche und Nonnen trotzen noch heute der „Natur der Sache“, die eben keine objective ist.[1])

§ 18.

Der Aufbau und Ausbau des deutschen Rechts.

Mit dem sittlichen Geselligkeitstrieb ist die Grundlage des Rechts, auch des deutschen, gegeben. Die Imperative der Normen und der Gehorsam gegen die Normen entspringen diesem Triebe. Die Form ist: Gesetz oder Gewohnheit. Aus dem Wesen des Menschen folgt schließlich der nationale Charakter der Norm.

So haben wir nicht nur eine Grundlage sondern bereits einen Aufbau des deutschen Rechts, ehe wir an das positive Recht und seine Normenfülle gehen.

Der Ausbau dieses gewaltigen Gerüstes ist das positive Recht. Die Bausteine sind die einzelnen Normen. An dem Kuppelbau des Privatrechts arbeiten die Meister jetzt. Das Gerüst auch hierfür war bereits zum Theil im gemeinen deutschen Rechte in der Gewohnheit ausgebaut, und es wird nur zu erwägen sein, welche Bausteine aus dem gemeinen deutschen Recht weiter zu benutzen sind, was aus den

[1]) Dies gegen Leist Seite 35 loc. cit.

Particularrechten zu nehmen ist, und welche neuen Bausteine aus dem werdenden Recht zu formen sind. Die Erörterung hierüber gehört nicht an diese Stelle. Hier habe ich den Ausbau des früheren gemeinen deutschen Rechts und der Particularrechte darzustellen.

Die Uranfänge des Rechts sind in wildem Kampfe erstritten worden. Von Ihering behauptet dasselbe, sieht aber von dem Beweise ab[1]). Für unser Recht fehlt uns die „urkundliche Geschichte." Indessen zeigt uns das Recht der „wilden Völker" der Gegenwart, daß anderwärts diese Urkämpfe stattfinden.

Auch in der Zeit nach der Urzeit zeigt uns die Geschichte, daß es nicht an Kämpfen fehlte. Und auch in der Gegenwart müssen wir vielfach im Kampfe unser Recht finden. Nur möchte ich dies nicht zu stark betonen. Die Uranfänge sind reiner Kampf, gewiß! Aber später wirkt doch daneben der sittliche Geselligkeitstrieb weit friedlicher. Er treibt dazu, sich der Gewohnheit zu fügen. Noch später aber wirkt die Macht der Ueberzeugung. Der Zweckbegriff, den die Gewohnheit früher so schwer fand, wird bewußt von der Rechtsüberzeugung erfaßt und kann nun erst sofort sich verwirklichen, weil das „Gesetz" mit dem „organisirten Staate" in der Welt ist, und weil jetzt der sittliche Geselligkeitstrieb treibt, diesem Gesetz zu gehorchen.

Ich unterscheide mich in meiner Ansicht wie von Ihering so von der historischen Schule.[2]) Ich sage nicht „das Recht ist ein Machtbegriff"[3]) sondern gründe es auf einen Trieb, der, wenn die Rechtsüberzeugung neben dem Rechtsgefühl[4]) Stellung gewonnen, auch ohne Kampf zum Gehorsam gegen das „Gesetz" treiben kann, allerdings aber daneben des Schwertes des Staats bedarf, weil das Wesen Einzelner stets dem Triebe frei trotzt.

Ich verwerfe mit von Ihering total den Vergleich des Rechts mit der Sprache, und damit die „mühelose, thatenlose Bildung des Rechts."[5]) Aber weil ich im sittlichen Geselligkeitstriebe einen Factor finde, der die Normen zugleich aber den Gehorsam schafft, weil sein Gesetz jeder in seinem Wesen trägt, gewinne ich die Ueberzeugung, daß sich das Recht,

[1]) Der Kampf um's Recht. 1877. Seite 12. Ueber die vorgeschichtliche Zeit unseres Volkes fehlen uns „alle Nachrichten" (Seite 11) aber nicht über die anderer Völker.

[2]) Cf. die vorzügliche Charakteristik derselben im „Kampf ums Recht" Seite 9 ff.

[3]) Seite 10 loc. cit.

[4]) Die Worte „Gefühl" und „Ueberzeugung" werden wohl ohne Grund von Brandis angegriffen. Er sagt „Ueberzeugung, daß etwas Recht sei, sei Gefühl, daß man daran gebunden sei." Nein! Es liegt hinter dem Gefühl und der Ueberzeugung der Rechtstrieb, der Keines von Beiden ist. Sonst blieben Beide in alle Ewigkeit Gefühl und Ueberzeugung Einzelner, und würden nie rechtschaffende Factoren.

[5]) Von Ihering loc. cit. Seite 11. Im Recht herrscht nur der „Wille". Dieser kann nur durch Imperativ herrschen. Dadurch trennt sich sein Gebiet und seine Entstehung ewig von der „Sprache".

Digitized by Google

vor allem nach der Existenz des „Gesetzes“, nicht mühelos und thatenlos, aber „schmerzlos“ bilden könne.[1])

Der Ausbau des Systems geschieht nun durch Einfügung der zum Rechte gewordenen Lebensverhältnisse. Mithin ist der Grundstoff das nationale Leben selbst mit seinem ganzen Reichthume der nationalen Güter der Kultur. Weil das römische Recht im ewigen Erbrechte der Menschheit von den Deutschen mit den antiquen Schätzen aufgenommen und verarbeitet wurde, bildet dieses für das gemeine Recht den Hauptstock. Aus demselben Grunde ist die christliche Moral unlösbar vom deutschen Recht, nur ist immer zu betonen, daß sie niemals Rechtsnormen, sondern große ideale Endziele gibt. Da der nationale Zug im Wesen liegt, welches hinter allen Einflüssen steht, hat alles Recipirte einen deutsch-nationalen Charakter angenommen, ja es sind in vieler Beziehung (Erbrecht, Familienrecht) rein-deutsche Institute siegreich im Rechte auf ihrem Platze geblieben.[2])

Für jeden Baustein zum System bedarf es zunächst des Friedensschlusses der Gewohnheit. Später schließt das Recht eher Frieden, ehe sich eine Gewohnheit bildet.[3])

Der Ausbau eines neuen deutschen Reichscivilrechtssystems kann erst später an seiner Stelle erörtert werden.

Ich habe mich nur noch gegen einen Einwand zu schützen. Aufbau und Ausbau gibt es bei einem Organismus nicht. Und doch habe ich das Recht einen Organismus genannt.

Der Widerspruch löst sich dadurch, daß mit dem Erwachen des bewußten Gesetzes, nachdem der Rechtskörper in der Gewohnheit organisirt ist, uns das Organische als etwas Mechanisches erscheint, was Lotze bekanntlich auch für die organischen Naturkörper mit der Modification behauptet, daß wirklich mechanische Thätigkeit vorliege (Mikrokosmus.) Von Kantscher Skepsis ausgehend glaube ich nicht, daß durch die mechanischen Erscheinungen in der Gesetzgebung der gesammte Rechtsorganismus „an sich“, seine innerste Lebenskraft, erkannt werden kann. „Aufbau“ und „Ausbau“ sind nichts als Bilder, die ich als Sinnenwesen verwerthe, ohne daraus zu construiren und zu folgern. Das Absterben und Entstehen der Rechte ist kein Einreißen und Einsetzen, son-

---

[1]) Daß es sich „kampflos“ auch bilden könne, gesteht von Jhering, der nur zu oft gänzlich mißverstanden worden ist, (Seite 22 Anm. loc. cit.) voll zu.

[2]) Von den „im Absterben begriffenen Instituten überwiegend germanischen Ursprungs“, welche das neue Gesetzbuch nicht weiter zulassen will (Deutscher Reichsanzeiger Nr. 5, 1877), haben wohl Manche volle Lebenskraft noch heut. Was noch lebt, kann nicht für todt erklärt werden. — (Der Ausdruck „Absterben“ ist mit Recht von der Commission für das organische Zeitding gebraucht!)

[3]) Die Rechtsgeschichte im engeren Sinne ist eine organische Zusammenfügung von Friedensschlüssen! Auch in der Weltgeschichte ist ja das durch den Friedensschluß Erreichte das Wichtigste, und nicht die zerstörende Schlacht.

Digitized by Google

dern Vergehen und Entstehen organischer Zeitdinge. Denn aufbauen mit dem Willen allein, wie die Baumeister, können wir gar nicht, weil der Trieb und die Wesensnorm a priori gegeben sind, und ausbauen können wir erst dann, wenn Gewohnheitsrecht oder werdendes Recht für das Gesetz vorliegt. Damit kommen wir aber auf die Entstehung des Rechts als Voraussetzung zurück, die organisch ist, wie denn auch Lotze nicht behauptet, daß die Naturkörper mechanisch entstünden. — Das Pr. Landrecht wollte mit einem selbstgefertigten Steine, dem Erbschatz, das Erbrecht ausbauen, der weder Gewohnheit noch werdendes Recht war, und dem Organismus des Preußischen Rechts fremd war. Der Rechtskörper stieß diesen fremden Bestandtheil einfach aus! Rein mechanisch läßt sich nichts in den Organismus einfügen; was nicht aus diesem von innen heraus entsteht, verursacht Störungen und wird zuletzt ausgeschieden.

§ 19.

Die neueren Ansichten der Juristen.

1) Die Entwickelung der Ansichten der Juristen über das Wesen und die Quellen des Rechts geht mit der geschichtlichen Entwickelung der Quellen naturgemäß vielfach Hand in Hand. Ich kann in Folgendem nicht alle Namen nennen, ich muß mich darauf beschränken, Einzelne hervorzuheben.

Daß ich einen kritischen Ueberblick überhaupt gebe, beruht auf meiner Methode, die speculativ-historisch ist; der Lehre der Juristen gegenüber überwiegt in ihr aber das kritisch-historische Element. Wer die Berechtigung meiner Methode nicht erkennt, oder nicht anerkennt, findet vielleicht in dem praktischen Nutzen eines Ueberblicks seine Rechnung, der für mich freilich ein wenig ins Gewicht fallender Nebenzweck der Abhandlung ist.

2) Der Rationalismus des vorigen Jahrhunderts übersah im Recht das historische Werden der Dinge. Aus dem eigenen Ich heraus, aus selbst geschaffenen Dogmen, aus philosophischen Systemen a priori, die nur subjective Rechtswünsche aber nicht objective Rechtswillen schaffen können, sollte das Recht verstanden werden.

An Stelle der Autoren nenne ich hier das charakteristische Haupterzeugniß[1]) dieser Schule, das preußische Landrecht. In ihm liegt zugleich die Rechtfertigung der naturrechtlichen Schule: ihr Verständniß des damaligen Entwickelungsgrades des Rechts. Man hatte in dem

[1]) Encyclopädie von v. Holtzendorff, 4. Aufl., Seite 389, in dem Aufsatze von Bruns über das heutige römische Recht, neu durchgesehen von Eck.

Digitized by Google

römischen Recht das einheitlich-deutsche Recht nicht gefunden[1]). Mißverständniß der Laien und moderne Verhältnisse deutschen Ursprungs, die es in Rom nie gab, erweckten Zweifel an der Geltung des römischen Rechts als gemeinen deutschen Rechts. Die naturrechtliche Schule[2]) erfaßte diesen Entwickelungsgang, und glaubte deßhalb im römischen Rechte das Naturrecht zu erkennen. Da deutsches Recht, ganz neue Lebensverhältnisse, nationale Auffassung römischer Sätze, das System verwirrt hatten, wandte man sich der systematischen Construction des Rechts mit voller Kraft zu. Allein man traute sich zu viel zu, indem man schon jetzt, vor der historischen Erfassung des Rechtsstoffes, das mehr von rein philosophischen Gedanken getragene System codificirte. Dernburg sagt aber neben dem Tadel dieses Versuchs mit Recht: „Schon das aber war für die Gestaltung des deutschen Rechts ein bedeutsamer Schritt, daß hier zum ersten Male der gesammte, aus den fremden wie den einheimischen Rechten stammende Stoff in organische Verbindung gebracht und zu einer Einheit verschmolzen wurde.“[3])

Man verkannte in dieser Periode die Gewohnheit, im Leben wie in der Codification, und man sprach daher im Codex wie im Lehrbuch diese Ansicht offen aus.[4]) Man sah im Gesetze die normale Quelle des Rechts. Weil man aber doch die Thatsache des Gewohnheitsrechts nicht leugnen konnte, führte man die Kraft der Gewohnheit auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers zurück. Ja man suchte im Landrecht die Gewohnheit „als regelmäßige Rechtsquelle“ zu „beseitigen“.[5]) Entschieden war das verfrüht, denn die Gewohnheit war noch Rechtsquelle. Heut, wo eine rege Gesetzgebung in Nebengesetzen gewirkt aber auch das Landrecht geradezu im System durchlöchert hat, heut erst[6]) ist ihre Bedeutung zurückgetreten. Immerhin entschuldigt sich der Fehler der Redaktoren aus dem zuerst bewußt erfaßten Codificationsgedanken, der sie, wie alles Neue, nur zu leicht über das erreichbare Ziel hinausführte.

Man verkannte und überschätzte in dieser Periode aber auch die Natur des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat nicht zu lehren, sondern zu befehlen;[7]) bis zur Cabinetsordre vom 6. September 1815 waren aber

[1]) Dernburg, Lehrbuch des Pr. Privatrechts, Band I Seite 5.
[2]) Diese ging aus von der Landesuniversität Halle, cf. Dernburg: Thomasius und die Stiftung der Universität Halle, 1865.
[3]) Dernburg, Lehrbuch loc. cit. Seite 12.
[4]) L. R. Einl. §§ 3, 4, 6.
[5]) Dernburg, loc. cit. Seite 27, Seite 36 ff.
[6]) Die Ausführungen Dernburg Seite 28 loc. cit. können meines Erachtens nur für die Gegenwart gelten, nicht für die Zeit der Abfassung des Landrechts.
[7]) Dernburg loc. cit. Seite 31. von Bethmann-Hollweg: Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit. „Der Gesetzgeber ist kein Professor, dem der Staat das Privileg der Unfehlbarkeit beigelegt hätte“, Seite 15.

Digitized by Google

die Belehrungen des Justizministers in dessen Rescripten bindende Rechtsbefehle für die Auslegung der Gesetze. Auch diese Verkennung wird durch den Standpunkt der Entwickelung erklärt und entschuldigt, man hielt die neue Quelle des neuen Gesetzes im Bewußtsein der jungen Kraft für allmächtig, und vergaß, daß der Rechtswille verstanden (ausgelegt!) sein will, daß aber die Art des Verständnisses nicht wiederum befohlen werden kann, weil sie der Willenswelt nicht angehört, sondern eine logische Gedankenoperation ist.

3) Erst seit der historischen Schule gibt es eine deutsche Rechtswissenschaft im eigentlichen Sinne, denn erst diese hat das Wesen des Rechts erkannt, das ein historisches ist. Den großen Männern: Hugo, v. Savigny, Niebuhr, Jacob und Wilhelm Grimm, Carl Friedrich Eichhorn und deren großen Schülern verdanken wir die volle Erkenntniß der Wahrheit, daß das Recht geschichtlich sich entwickelt und deßhalb nur geschichtlich verstanden werden kann.

Aber die historische Schule überschätzte die Rechtsgeschichte, überschätzte das Gewohnheitsrecht, letzteres mit aus dem Grunde, weil allerdings damals die Zeit für eine Codification, die Thibaut[1]) anstrebte, noch nicht reif war, auch die Gewohnheit noch nicht verkümmert war.[2])

Allein diese Ueberschätzung, verzeihlich als allgemeiner Fehler neuer großer Wahrheiten, mindert nicht das geringste an ihrem Verdienste. Man erkannte jetzt sowohl das nationale Wesen[3]) des Rechtstriebes wie dessen organisches Wirken in den Normen.

Die zu gleicher Zeit wirkenden großen Constructionen des Rechts a priori befreiten zwar die historische Schule von ihrer Ueberschätzung nicht, denn sie widersprachen dem Wesen des Rechts, aber sie bewirkten doch mit den Uebergang zur Auffassung der neueren Zeit, die sich, unter voller Anerkennung der historischen Ausgangspunkte, dem gegenwärtigen, praktischen Recht zuwendet. Die historische Schule soll nicht unpraktisch, die Dogmatik nicht unhistorisch sein.[4])

Die Forderung der Gegenwart lautet: Anpassung des historisch Gegebenen an die gegenwärtigen Lebensverhältnisse der Nation!

Aus ihr folgt die weitere Forderung: Kritik des historischen Rechts im einheitlich-nationalen Sinn.

Indessen herrscht in der Theorie hierüber oder wenigstens über die Verwirklichung der Forderung keine Einigkeit, und erscheint eine

[1]) „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland", 1814.

[2]) v. Savigny, Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtsw. und Gesetzgeb. 1814.

[3]) Hierfür trat kräftig ein Beseler: „Volksrecht und Juristenrecht" 1843. Vom völlig einseitig historischen Standpunkte griff diesen Puchta an: „Kritik von G. Beselers Volksrecht und Juristenrecht", 1844. Gegen ihn schrieb Beseler dann seine treffende Antikritik: „Volksrecht und Juristenrecht. Erster Nachtrag: G. F. Puchta" 1844.

[4]) Dahn, Bausteine loc. cit. Seite 138.

Digitized by Google

Darstellung der Ansichten nach der historischen Schule geboten. Die näheren Ansichten dieser Schule selbst über das Wesen des Rechts dürfen wir als bekannt, und soweit sie irrig sind, als beseitigt voraussetzen, um nicht Vielgesagtes zu wiederholen[1]). Nur ein Punkt, der wenig betont wird, sei noch hervor gehoben.

Meiner unmaßgeblichen Ansicht nach ist es jetzt das größte Verdienst der historischen Schule, daß sie unsern Staat von jener organisirten aber unvollkommenen zur wohlorganisirten und vervollkommneten Rechtsbildung in stetiger Fortentwickelung geführt hat. Sie zeigte, daß sich das Recht nicht durch die Vernunft Einzelner construiren läßt, sondern von der Nation historisch geschaffen wird. Und damit führte sie zur innerlichen Erfassung des nationalen Rechtsgefühls, zur modernen, constitutionellen Monarchie, — nicht allein, aber doch mit anderen Mächten, über. Durch ihre Beihülfe gewann der deutsche Staat die moderne, fortentwickelte Erscheinungsform.

Wie alle Kräfte aber, die in den Entwickelungsgang mächtig eingreifen, führte sie über das Ziel hinaus, und wurde durch die Folge corrigirt.

Es bedarf heut kaum vieler Worte, um ihre Fehler nachzuweisen. Lehrbücher und Abhandlungen stimmen im Nachweis fast überein. Wir haben, nicht zum wenigsten durch von Iherings Verdienst, ihre Romantik überwunden. Das Recht „wandelt" nicht, wie sie annahm, „in naiver Unbewußtheit dahin", es bildet sich nicht so „naiv", wie die Sprache, das Recht schafft der handelnde Wille, der erst nach Kampf oder wenigstens nach Ringen und Mühen zum Friedensschlusse führt. Dies ist der Fall bei der Gewohnheit. Ich erinnere nur an die der kräftigsten Opposition[2]) begegnende Reception des römischen Rechts in Deutschland, bei der der Kampf vor der Gewohnheit recht grell hervortritt. Aber auch dem Friedensschlusse des Gesetzes ist naturgemäß nicht der Kampf vorher oder wenigstens nicht die Arbeit vorher erspart.[3]) Die Kämpfe Einzelner oder ganzer Parteien gehen voraus. Nachdem im Gesetz der Friede geschlossen, dann erst verstummen, getrieben vom sittlichen Geselligkeitstrieb, der den Friedensschluß heiligt, die verwerfenden Stimmen der Minorität, die sich vorher laut geltend zu machen suchten. Obwohl sie unzufrieden sind, fühlen sie durch den

---

[1]) Ich verweise vor Allem auf Puchtas „Gewohnheitsrecht", das neben Savigny's System (I) die damaligen Ansichten am besten wiedergibt.

[2]) Cf. Schwanert, loc. cit. Seite 11 und 12.

[3]) Cf. Schwanert loc. cit. Seite 18: „Die Theorie der historischen Schule kann diese sich stets wiederholende Thatsache nur auf den künstlichsten Umwegen, oder richtiger gesagt, gar nicht erklären." Eine Hypothese aber, der die Erscheinung widerspricht, ist erwiesen irrig! Wir müssen daher nach einer neuen Erklärung der Erscheinung in der Wissenschaft suchen.

Digitized by Google

Trieb, daß der Friede besser ist als ewiger Kampf, ja daß er allein den Staat erhält.

4) Die Ansichten nach der historischen Schule ruhen alle auf der Ansicht vom historischen Wesen des Rechts, mit einziger Ausnahme der Ansicht von Adickes,[1]) der kein einziger anderer Jurist zugestimmt hat.

Neben diesem gemeinsamen Wesen herrscht in den neueren Ansichten keine so große Verschiedenheit, daß wir sie in besondere Schulen zu trennen hätten. Sie streben auch alle mehr oder weniger der neuen, speculativ-historischen Richtung zu.[2])

Ehe wir auf die neueren Modificationen der historischen Schule eingehen, müssen wir noch die Ansicht eines Anhängers derselben, Stahl, betrachten, der ihre Forschungen in einer unzulässigen Weise[3]) in seinem Sinne verwerthet, aber doch trotz aller Ueberschreitungen als Jünger dieser Schule aufzufassen ist.[4])

In dem Punkte muß ich der Kritik Dahns über Stahl beistimmen, daß Stahl die Ideeen Schellings, auf den er sich vielfach beruft[5]), zu Mystik und Theokratie mißbraucht hat[6]). Nach ihm ist der Grund der bindenden Kraft der Gewohnheit die Macht Gottes. Die opinio necessitatis bei jeder einzelnen Norm, der wir gehorchen, hat ihren unmittelbaren Grund in Gott. Bruns spricht über diese Abgötterei mit den menschlichen positiven Normen ein treffendes Urtheil: Es ist nicht immer nur der göttliche und sittliche Geist, der die Völker treibt und ihre Gewohnheiten bestimmt[7]). Es wäre m. E. denn doch wohl reine Gotteslästerung, die positive Gewohnheit der Ketzergerichte und der Hexenprocesse auf das höchste Wesen zurück zu führen![8]) Dazu kommt, daß Stahls Lehre die Freiheit des menschlichen Ichs vernichtet. Wenn jede Norm unmittelbar Gottes Wille ist, dann ist die Freiheit des Menschen gleich Null[9]), aber dann ähnelt Stahls Gott in bedenklicher Weise dem alle Freiheit vernichtenden Willen Schopenhauers, also der

[1]) „Zur Lehre von den Rechtsquellen ꝛc." von Franz Adickes. 1872.

[2]) In dieser Hinsicht macht Adickes keine Ausnahme; aber er unterschätzt das historische Element des Rechts.

[3]) Zu hart und deßhalb wohl ungerecht urtheilt meines Erachtens über Stahl F. Dahn. Bausteine loc. cit. Seite 276, 277.

[4]) Hierhin zählt ihn auch Bruns, der doch auch, wie Dahn, die Fehler Stahls als solche anerkennt („pietistische Färbung oder vielmehr Verdunkelung", von Holtzendorff, Encycl. loc. cit. Seite 399.)

[5]) Die Philosophie des Rechts, 1847, 1. Band 2. Aufl. Seite XVII, XXVI.

[6]) Dahn, Bausteine loc. cit. Seite 276. Stahl konnte dies nur dadurch erreichen, daß er den späteren dunkeln Lehren Schellings zustimmte, ohne die früheren klaren Lehren desselben großen Philosophen zu berücksichtigen.

[7]) Holtzendorffs Encycl. loc. cit. Seite 399.

[8]) Das Unsittliche aber auf Rechnung des Einzelnen setzen, und nur das Gute Gott zuschreiben, ist reine Willkür. Bruns, loc. cit. Seite 399.

[9]) Ich citire gegen den Theologen Luthers Schrift: Von der Freiheit eines Christenmenschen.

Digitized by Google

Theologe reicht dann die Hand dem Atheisten. Ein weiteres Eingehen auf Stahl ist nicht nöthig. Seine Lehre gehört einem überwundenen Standpunkte an und hat die Entwickelung[1]) wenig beeinflußt.[2])

5) An Stahl füge ich die Ansicht von Bruns, (bearbeitet von Eck), denn auch sie sieht den Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts im Wesen der Gewohnheit. Er vergleicht die Volksgewohnheit ganz mit der Gewohnheit des Einzelnen. „Innere Nothwendigkeit, unwillkürliches Handeln ist das Wesen der Gewohnheit."[3]) Die Gewohnheit ist in thatsächlicher Uebung geltendes Recht, die Uebung ist schlechthin die äußere Thatsache der Geltung. Dies war auch meine eigene frühere Ansicht[4]) Indessen diese Theorie erklärt nicht, wie der Eine, der neben den neunundneunzig diese Macht der Gewohnheit nicht fühlt, weil er nicht übt, doch an das Gewohnheitsrecht dieser 99 gebunden ist. Ihn zwingt keine innere Nothwendigkeit, sondern der Rechtstrieb mit den Wesensnormen in ihrer jeweiligen historischen Entwickelung. Bruns sagt, die Gewohnheit habe nur die ideale Macht der Nationalität hinter sich; damit ist aber nur die nationale Färbung des Rechtstriebes richtig betont, aber die normengebende und die zum Gehorsam gegen die Normen treibende Natur[5]) des Rechtstriebes übersehen. Erst diese gibt der Gewohnheit den idealen Inhalt, die opinio necessitatis, die auch der Eine hat, den nicht die Gewohnheit zwingt, weil er nicht übt. Sein etwa einmaliges Gehorchen gegenüber der Gewohnheit der stets übenden Andern ist durch die Gewohnheit dieser m. E. nie zu erklären. — Trotzdem daß ich Bruns jetzt nicht mehr zustimmen kann, erkenne ich in seiner Theorie einen großen Fortschritt. Die Gewohnheit ist wieder zu Ehren gekommen, der Traum eines vor der Gewohnheit fertigen Rechts, einer allgemeinen Volksüberzeugung, ist in das Wolkenkukuksheim verwiesen, wohin er gehört.[6]) Stahls Abgötterei mit dem Gewohnheitsrechte ist abgewiesen: „Völker sind Menschen und keine Götter."[7]) Aber auch der Fehler der Opposition gegen Puchta ist klargelegt, die Gewohnheit hat keine Gesetzeskraft,

---

[1]) Dahn loc. cit. Seite 277 ist andrer Ansicht. Warum ward Preußen, was es jetzt ist? — Der Quietismus kann gar keinen großen Einfluß haben, das Werden ist nie zu hindern! —

[2]) Cf. Erdmann, Geschichte der Philos. 3. Aufl. Zweiter Band Seite 610.

[3]) Bruns bei v. Holtzendorff loc. cit. Seite 398.

[4]) Dieselbe ist jetzt citirt bei Bruns Seite 400.

[5]) Bruns erwähnt die Triebkraft. Er sagt die „Nationalität habe Triebkraft zu besonderen Gewohnheiten", und „das Volk fühlt sich unwillkürlich durch innere Nothwendigkeit eines nationalen Rechtsgefühls getrieben." (Seite 398 loc. cit.) Allein damit ist nur das normengebende Element des Triebes gekennzeichnet, dieses treibt zu Gewohnheiten. Nicht gekennzeichnet ist das normengehorchende Element: der nicht unter der Macht der Gewohnheit stehende Eine gehorcht der Gewohnheit der Andern.

[6]) Seite 399 loc. cit.

[7]) Seite 399 loc. cit.

Digitized by Google

sie ist nun und nimmer auf den subjectiven Willen zurück zu führen, sie ist nicht Autonomie, am allerwenigsten aber Publication.[1]) — Die historische Entwickelung und mögliche Verkümmerung der Gewohnheit hat Bruns klar erkannt.[2]) Ich finde trotz der Abweichung in seiner Ansicht diejenige, die mir am meisten zusagt.

6) Bedeutsam für die Thatsache der Verkümmerung der Gewohnheit sind die neueren Machtrechtstheorieen, sie bezeugen, daß der Trieb lieber dem Staatsgesetz in der Gegenwart gehorcht. Die Theorie Schwanerts ist eine reine Machtrechtstheorie, in allen ihren Theilen consequent und energisch durchgeführt.[3])

Nach einer treffenden Widerlegung der Romantik der historischen Schule[4]), die leider in Lasson's Rechtsphilosophie in jüngster Zeit wieder eine Vertretung gewonnen hat, sagt Schwanert „das Recht faßt den Menschen als Subject eines Willens, als handelndes Wesen. Das Recht geht aus von der Willkür, d. h. von der Fähigkeit des Menschen, frei zu wählen, was er will und danach zu handeln, und ist die Regel und die Macht, die zwingende Regel, wodurch diese Willkür des Einzelnen zu einer Ordnung wird für Alle. Eine Schranke der Willkür, um Allen das Handeln nach Willkür in möglichst großem Umfange zu sichern".[5])

Der Willkür des Menschen treten drei Mächte entgegen, um sie in geordnete Geleise zu führen, die Natur, das Sittengesetz[6]) und der Staat.[7]) Der Staat hat die Verkehrsverhältnisse der Menschen in ihrer Gesammtheit zu ordnen. Das Gesetz ist Wille des Staates, der sich durch die ihm zur Seite stehende Macht manifestirt.[8])

Daneben bildet sich unfrei und unbewußt die opinio necessitatis, das Gefühl des Gebundenseins an die thatsächlich vorhandene Ordnung des Verkehrs.[9]) In der Thatsache der Gewohnheit[10]) liegt, sobald sie vorhanden, die objective Macht und damit die Geltung des Gewohnheitsrechts.[11])

Allein m. E. ist das Wesen der Gewohnheit, wie es Schwanert selbst so treffend beschreibt, nicht geeignet, allein Rechtsquelle zu sein.

Es wird allerdings auch nach Schwanert das Gewohnheitsrecht erst

---

[1]) Seite 399 loc. cit.
[2]) Seite 400 loc. cit.
[3]) Schwanert: Gesetz und Gewohnheit, 1873.
[4]) Seite 12 loc. cit.
[5]) Seite 13 loc. cit. Diese Definition fußt auf Kant.
[6]) Die Unzulänglichkeit desselben für das äußere Handeln wird klar erwiesen Seite 14 loc. cit.
[7]) Seite 15 loc. cit.
[8]) Seite 15 loc. cit.
[9]) Seite 19 loc. cit.
[10]) Seite 20 loc. cit.
[11]) Seite 22 loc. cit.

Digitized by Google

durch die Zwangsgewalt des Staates geltendes Recht[1]), aber diese Modificirung deckt den Mangel doch nicht. Denn Schwanert sagt andrerseits, daß die Macht der Gewohnheit eine allumfassende sei und auch die Organe und damit den Staat selbst unterwerfe.

Die unbewußte Macht der Gewohnheit, bei der selbst vis inertiae[2]) mitwirkt, kann nicht das rechtschaffende Princip sein, das „Gefühl des Gebundenseins[3])" würde ja auch keine Abtrennung von der nichtrechtlichen Sitte schaffen können.

Es würden auch nach Schwanert ja alle Normen nicht Rechtsnormen sein können, hinter denen die Zwangsgewalt des Staates nicht steht; diese sind aber dennoch geltendes, ja im Staatsrecht oft fundamentales Recht.

Den Mangel, den ich bei Schwanert finde, kann nur der sittliche Geselligkeitstrieb decken.

Dagegen kann ich in zwei Punkten Schwanert beistimmen. Einmal in der Abweisung der Ansicht, daß die Ueberzeugung Aller das Recht schaffe[4]), sodann in der Behauptung, daß der Umfang des Gesetzes und der Gewohnheit im Verhältniß für die Fortbildung des Rechts einer Veränderung unterliege[5]). Dies Letztere folgt aus der zeitweiligen Verkümmerung der Quelle der Gewohnheit in der dritten Wesensnorm.

7) Ganz im Gegensatze zu Schwanert finden wir eine Zurückführung des Rechts auf die subjective Ueberzeugung und damit eine Infragestellung alles Rechts bei Adickes (Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. 1872.)

Ich habe in meinem ersten Beitrage diese Lehre klar zu widerlegen versucht. Jetzt habe ich sie auf den sittlichen Geselligkeitstrieb hin zu prüfen. Derselbe ist bei Adickes' Lehre nicht zu finden. „Gesetze gelten weil die Existenz des Staates selbst anerkannt ist"[6]). Ebenso wenig findet sich eine tiefere Begründung des Gewohnheitsrechts[7]).

8) Nicht auf den subjectiven Willen, aber auf eine nur scheinbar objective, ganz entschieden aber unfaßbare Quelle führt Schloßmann originell und alleinstehend das Recht zurück.

---

[1]) Seite 21 loc. cit.
[2]) Seite 20 loc. cit.
[3]) Seite 19 loc. cit.
[4]) Seite 10, 11 loc. cit.
[5]) Seite 23 loc. cit.
[6]) Seite 27 Anm. 7 loc. cit.
[7]) Seite 50 bis 67 loc. cit. Ich verweise auf die eingehende Kritik der citirten Schrift von Dahn (Bausteine, 4. Reihe, 1. Schicht 1883, Seite 234 bis 268.) „Die tiefere rechtsphilosophische Begründung fehlt, die doch, wenn solche Fragen einmal angeregt sind, die einzig erschöpfende, das Problem nach allen Richtungen lösende ist" (Seite 239 loc. cit.)

Digitized by Google

Schloßmann gründet alles Recht auf die „Idee der Gerechtigkeit". Das Recht ist ihm eine Ordnung, welche, wo sie verletzt wird, auch durch menschliche That wieder hergestellt sein will.[1]) Bei dieser Wiederherstellung wird der Praxis ein sehr bedenkliches testimonium paupertatis ausgestellt, weil diese ein „abgeschlossenes System von Normen" braucht.[2])

Ich sehe im Stillstand und Quietismus der Normen und ihrer wissenschaftlichen Aufgabe durchaus kein „trauriges Loos"[3]) für die Rechtslehre, sondern finde in der Lösung der Erfassung der gegebenen Normen ihre Hauptaufgabe. Sie hat immer „das Alte wieder vorzubringen, soweit nicht der Wille des Gesetzgebers oder neue Gewohnheiten es vernichtet haben"[4]), sie hat das objective Recht zu geben. Aenderungen kann sie nur durch Einfluß auf Gewohnheit und Gesetz bewirken. Alles Recht ist positiv in Folge des Rechtstriebes und der Wesensnormen! Schloßmann findet in der dritten Wesensnorem einen Autoritätsglauben, und beruft sich auf Mephistos Wort im Faust[5]). Allein dieser verneinende Geist wußte, weßhalb er die im Wesen liegende Norm verspottet, denn nur der Friedensschluß der Gewohnheit und des Gesetzes führt zur Fortentwickelung[6]). Andernfalls ist Alles im ewigen Flusse, in Unordnung, rechtlos. Die „Gerechtigkeit" Schloßmanns aber ist ein zu vager Begriff, um retten zu können, ja Schloßmann sagt uns nicht einmal, was er unter ihr eigentlich versteht. Dies ist um so bedenklicher, als ein anderer Denker, v. Hartmann, ihr eine Bedeutung gibt, die von der landläufigen, die nur ein unbestimmtes, uferloses Gefühl darunter versteht, ganz verschieden ist. Gerechtigkeit ist ihm ein Prädicat der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung bestimmten Entscheidungen oder gerichtlichen Erkenntnisse.[7]) Gerechtigkeit kann nur der erweisen, der richterliche Entscheidungen treffen muß[8]). Negativ betrachtet besteht die Gerechtigkeit des Richters in der Entscheidung ohne Ansehen der Person, ohne Furcht und Vorliebe, positiv betrachtet besteht sie in dem Ziehen der logischen Consequenzen aus der allgemeinen Rechtsordnung als Obersatz und dem besonderen gegebenen Fall als Untersatz[9]) Die Gerechtigkeit ist also streng an das gegebene Gesetz gebunden, sie darf nur de lege lata niemals de lege ferenda urtheilen[10]). — Ich habe zur Genüge gezeigt, wie sehr ich von Schopen-

[1]) Der Vertrag, Seite 182.
[2]) loc. cit. Seite 183.
[3]) loc. cit. Seite 190.
[4]) loc. cit. Seite 190.
[5]) loc. cit. Seite 186.
[6]) Ich habe dies an anderer Stelle eingehend erörtert.
[7]) Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins Seite 512.
[8]) loc. cit. Seite 513.
[9]) loc. cit. Seite 516.
[10]) loc. cit. Seite 516.

Digitized by Google

hauer und von v. Hartmann im Denken abweiche. Das hindert mich aber durchaus nicht, von Ersterem den sehr brauchbaren Begriff des doppelten Unrechts, und von Letzterem den richtigen Begriff der Gerechtigkeit anzunehmen. Für die eigentlichen richterlichen Functionen tritt die Gesetzesanwendung nie in den Hintergrund; in der Familie, in der Schule gibt es keine Rechtsgesetze, hier ist der gerecht, der die Person nicht ansieht, im Rechtsleben genügt das nie[1]), wenn auch die negative Fassung der Gerechtigkeit, das Princip nicht der Gleichheit sondern der Gleichgiltigkeit des Rechtssubjects für das Rechtsurtheil, auch hier stets unentbehrlich ist[2]).

Hieraus folgt, daß die Gerechtigkeit nur Recht anwenden, aber nicht Recht schaffen kann, also keinen Ersatz für die mißachteten, positiven Normen gewährt.

An die Billigkeit denkt wohl Schloßmann bei seiner „Gerechtigkeit" kaum. Sie ist im Rechte mitgesetzt[3]), z. B. in der discretionären Gewalt des Richters in der Strafzumessung, in der Zulassung der mildernden Umstände, in der verfassungsmäßigen Gnade[4]).

So bleibt denn nur Gesetz und Gewohnheit als Rechtsquelle übrig. Die „Eintagswahrheiten"[5]) des Gesetzes und der Gewohnheit sind schwer erkämpfte heilige Friedensschlüsse, denen der Umstand nicht schadet, daß sie keinen ewigen Frieden geben; denn sie sollen nur Geschlechtern nützen und nicht für späte Enkel sorgen. Die Sätze der Medizin[6]) und der Kunst[7]) sind keine allgemeinen Rechtsnormen, sie können m. E. mit der Willenswelt des Rechts gar nicht verglichen werden. Hier ist ewiges Werden möglich, im Recht aber würde ewiges Werden der Unordnung gleich sein und sogar unmöglich sein, denn es würde in dem Chaos unnormirter Willenswelt ein weiteres Werden bald als unmöglich erscheinen.

---

[1]) v. Hartmann loc cit. Seite 517.
[2]) v. Hartmann loc. cit. Seite 518.
[3]) v. Hartmann loc. cit. Seite 540 f.
[4]) v. Hartmann (Seite 542) will auch für das Civilrecht einen Gerichtshof der Billigkeit, wie in England (the court of chancery and equity) befürworten. Dem muß ich widersprechen. Will eine Partei keinen Vergleich, so ist nach dem positiven Recht Frieden zu geben. Wenn die Parteien sich über die Bedingungen nicht einigen, obwohl sie prinzipiell den Vergleich wollen, so wissen sie noch nicht, was sie wollen, denn eben Nachlaß in den Bedingungen von beiden Seiten gibt erst den Vergleich. Setzen sie das Gericht zum Schiedsgericht ein, so kann der Richter nur nach dem positiven Recht urtheilen. Dies gegen v. Hartmann loc. cit. Seite 543. Ich verweise übrigens den Philosophen auf die Preußische Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879. Der Schiedsmann entscheidet über vermögensrechtliche Ansprüche des Civilrechts nicht als Richter, sondern vermittelt den Vergleich, der vollstreckbar ist.
[5]) loc. cit. Seite 190.
[6]) loc. cit. Seite 190.
[7]) loc. cit. Seite 188.

Digitized by Google

9) Die Ansicht Schloßmanns hat von Bierling eine äußerst scharfe Kritik[1]) erfahren (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, erster Theil Seite 4, 5 Anm.) So sehr Bierling betont, daß seine „Anerkennung" kein „Vertrag" sei — mit Schloßmanns berechtigter Negirung der Entstehung des Staats durch Vertrag wird die mathematisch erörterte „Anerkennung" mit negirt. Interessant für mich bleibt aber die räthselhafte „unbewußte" Anerkennung Bierlings (Seite 6 und Seite 82 loc. cit.) Von dieser ist doch wohl nur ein Schritt zum sittlichen Geselligkeitstrieb und den Wesensnormen. Nur wird wiederum die nationale Natur des Triebes von Bierling verkannt; er findet die Rechtsnorm in jedem bestimmten Kreise von Menschen, die zusammenleben (Seite 3 loc. cit.)

Bierlings „Anerkennung" kann ich nicht anerkennen. Sie soll kein Vertrag sein, ja sie ist unbewußt möglich; sie ist dauerndes Verhalten; sie bedarf keiner Aeußerung; sie ist ein „sich gebunden Fühlen." Dann deckt sich der Begriff aber nicht mehr mit der Anerkennung, wenigstens verbinde ich diesen Sinn nicht mit dem Wort, sondern verstehe darunter einen bewußten Willensact. Was aber dann „Anerkennung" ist, vermag nur Bierling zu sagen.

10) Ureigene und originelle Gedanken enthält die neuere Theorie von Jherings über das Wesen und die Quellen des Rechts.

Ich habe hier von Jherings inhaltreiches Werk nur auf den sittlichen Geselligkeitstrieb und die Wesensnormen hin zu prüfen. Von Jherings Standpunkt ist nicht der des alten Naturrechts mit seinem Societätstrieb[2]). von Jhering hat gänzlich seinen eigenen Standpunkt. Sein Werk ist ein Zeugniß dafür, daß sich in der dritten Wesensnorm das Gesetz außerordentlich entwickelt hat, während die Gewohnheit in der Gegenwart verkümmert ist, denn überall erwartet von Jhering Hülfe vom Gesetz. — Was seinen „Zweck im Recht" betrifft, so enthält er ein letztes Problem, an das ich mich für meine Frage nicht zu wagen brauche. Ich finde im Menschen das freie Ich, den Schöpfer des Rechts, weil der Rechtstrieb im Wesen mitruht. Das Ich fühlt sich mit dem Zwang des Triebes eins, ja es fühlt sich erst dann unfrei im menschlichen Sinne, und gezwungen vom falschen Egoismus, wenn es dem Triebe trotzt. Ganz anders steht es mit dem Zwange des Zwecks, den von Jhering setzt. Die Aufgabe der Ergründung des Gesammtzusammenhangs des Rechts löst ihm der Zweck[3]), der Wille gehorcht dem Zweck[4]), das Recht wird gezwungen[5]), seine einzige Quelle ist der

---

[1]) Zitelmann in „Irrthum und Rechtsgeschäft" erkennt Schloßmanns Verdienst: Der Zweifel führt zur Wahrheit.

[2]) Dahn, „Vernunft im Recht" Seite 8.

[3]) „Zweck im Recht" Seite IX.

[4]) loc. cit. Seite XII.

[5]) loc. cit. Seite XIII.

Digitized by Google

Zweck[1]), er ist der Heber des Willens[2]), also: der Schöpfer des Rechts. Nun gibt es allerdings keinen Willen ohne Motiv, ohne Zweck[3]). Allein das Ich hinter dem Willen ist frei, es setzt erst den Zweck, mit ihm ist der Zweck überhaupt erst da. Das freie Ich schafft erst den Reiz der Außenwelt zum „Um", zum Willen, während das „Weil" den Stein zum Fallen zwingt[4]).

Obwohl ich von Kantscher Skepsis aus den von Außen stoßenden Zweck für uns für unerkennbar halte, erkenne ich die Uebermacht des vom Ich geschaffenen Zwecks im gegenwärtigen Rechte voll an, denn hier setzt der Zweck bewußt das Ich[5]). Hier ist das Ich die Ursache und der Zweck das immanente Princip des Rechts, das Grundprincip der Institute[6]). — Ein abschließendes Urtheil über die Theorie von Iherings läßt sich erst geben, wenn der zweite Band uns sagt, was von Ihering unter „Pflichtgefühl" versteht. Möglich, daß dieses ein dem Rechtstrieb ähnliches treibendes Element ist. Denn daß der Zwang für die Regelung des Rechtslebens nicht ausreicht, gesteht von Ihering zu[7]).

So einsam von Ihering seine Pfade wandelt finden sich doch ähnliche Ideen bei Kant (Kritik der Urtheilskraft). Für die Erscheinungen der organischen Welt ist Kant die Idee des Naturzwecks unentbehrlich; wir kommen trotz aller mechanischen Erklärung an eine Stelle, wo uns die Mechanik verläßt, wo die Causalität ihre Gründe versagt. Aber im Gegensatz zu von Ihering sind nach Kant diese Erscheinungen nur von uns durch Annahme eines inneren Zwecks zu erklären, sie sind subjectiv und deßhalb freuen wir uns, wenn wir den Zweck finden. Die Organisation unseres Verstandes allein schafft nach Kant den Zweck.[8]) Dem gläubigen Gemüth kann sich freilich der Gedanke aufdrängen, daß die Freude[9]) an der Findung des Zwecks ihren Grund darin hat, daß wir uns eins mit jenem Wesen[10]) fühlen, das die Zweckgesetze gab[11]).

[1]) loc. cit. Seite XIII.
[2]) loc. cit. Seite 25.
[3]) loc. cit. Seite 3, Seite 5.
[4]) loc. cit. Seite 4.
[5]) Das Ich allein ist die Geburtsstätte der uns erscheinenden Zwecke. Ohne das Ich sind diese gar nicht in der Welt! — Cf. auch Zitelmann loc. cit. Seite 138, 139.
[6]) Cf. das Grundprincip der negotiorum gestio! Glaubt denn Trendelenburg wirklich, daß „vermutheter" oder besser fingirter also erdichteter und erlogener Auftrag die von ihm ganz vorzüglich hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten der neg. gestio begründen kann? (Cf. Naturrecht Seite 250.) Hier sollte der Philosoph nicht dem Wahne auf eine corpus juris Stelle verbissener Juristen folgen!
[7]) loc. cit. Seite 557.
[8]) Erdmann, Geschichte der Philos. B. 2 Seite 348 f.
[9]) Diese erkennt Kant an!
[10]) In dieser Hinsicht bekenne ich mich offen zur Ansicht von Iherings.
[11]) Uebrigens behaupte ich gegen Kant, daß die Freude am Finden der Causalität (Astronomie 2c.) auf demselben Grund ruht, aber ebenfalls nicht für das Wissen sondern nur für den Glauben.

Digitized by Google

Rümelin lobt bei von Jherings Definition, daß sie das befehlende Element des Rechts hervorhebe, er meint aber, die Worte „in Form des Zwanges" gingen wieder nach der anderen Richtung hin zu weit. Er sagt „Wenn der König keine Gesetze verkündigt oder vollzieht, keine Minister ernennt, keine Decrete unterzeichnet, wenn die Parlamente nicht zusammentreten oder die Vorlagen der Regierung nicht in Berathung ziehen, wenn die Staatsbürger keine Wahlen vornehmen, so ist keine Zwangsgewalt vorhanden." Allein die Majestät des Königs ist nach der Idee der Monarchie hier nicht hereinzuziehen, nur um die Ministeranklage kann es sich handeln! Richtig ist auch der Einwand, daß Strafe kein Zwang ist, daß eigentlicher Zwang kaum die Execution zu nennen ist. — Daß „die Räder in einander greifen"[1]) ist nicht etwas Erzwingbares, aber es ist auch nicht etwas rein „Thatsächliches"[2]). In der Philosophie zeigt Schopenhauer, daß Pessimismus und Quietismus die Räder auch stille stehen heißen können! Im praktischen Leben bedarf es der wissenschaftlichen Widerlegung dieser Ansicht nicht, hier wirkt der Trieb! Aber wenn in das Wesen, das hinter dem Triebe liegt, Schopenhauers trügerische Ansichten verpflanzt werden, dann trotzt es Kraft seiner Freiheit dem Triebe! Deßhalb ist Schopenhauer einer der zu vernichtenden Feinde des Rechts. Ferner ist der Vorwurf Rümelins m. E. gerecht, daß es kein Recht der Gesellschaft im Allgemeinen gebe, sondern nur für bestimmte Gruppen, die Völker[3]). Denn es liegt im Wesen des sittlichen Geselligkeitstriebes, daß er nicht, wie der kategorische Imperativ, kosmopolitisch, sondern national war, ist und bleibt.

11) Nicht auf den „Zweck" sondern auf die „Vernunft" führt Dahn das gesammte Recht zurück. Dahn äußert seine Ansichten über die Rechtsquellen bei Gelegenheit zweier Kritiken. „Die Vernunft im Recht" (Berlin 1879) kämpft gegen „das furchtbar gepanzerte Buch": der Zweck im Recht und führt daneben Dahns eigene Ansicht über das Recht aus. Ich hätte aber gewünscht, daß es dabei etwas weniger „Funken unter den snellen swertes slaegen" gesetzt hätte"[4]); ich kann der heftigen Polemik nicht beistimmen, wenn ich auch verschiedene Ansichten Dahns theile. Ueber die Rechtsquellen äußert sich Dahn bei der Kritik von Franz Adickes[5]). Die Ansichten Adickes sind m. E. haltlos, verfehlt und gefährlich. Trotzdem greift ihn Dahn sehr fürsichtig an, während ihm beim Kampf gegen von Jhering im Panzer warm wird[6]). Er findet nämlich bei Adickes verwandte Ideen. Die subjective

[1]) Rümelin, Reden und Aufsätze, N. F. Seite 338.
[2]) Rümelin, loc. cit. Seite 338.
[3]) Rümelin, loc. cit. Seite 340.
[4]) Vernunft im Recht Seite III.
[5]) Bausteine, 4. Reihe. Erste Schicht 1883, Seite 234.
[6]) Vernunft im Recht Seite III.

Digitized by Google

Vernunft als Rechtsquelle ist von der objectiven Vernunft nicht so verschieden, wie Dahn meint, wenn man nicht Hegelschen Ideen sich anschließt.

Ehe ich auf die, meinem System widerstrebende Vernunftstheorie Dahns eingehe, will ich die großen Principien hervorheben, in denen ich mit Dahn übereinstimme. Zunächst bin ich völlig damit einverstanden, daß die Macht nicht allein das Recht schaffen kann[1]). Die Machtrechtstheorien ruhen m. E. auf der Ueberschätzung des Gesetzes als reinen Staatsimperativs; man hat die tiefere Quelle mit dem Schwinden der Gewohnheit vergessen. Einverstanden bin ich weiter damit, daß auf Grund der historischen Schule über dieselbe hinaus zu gehen ist. Die historische Methode ist mit der Speculation zu combiniren[2]).

Aber durchaus nicht einverstanden bin ich damit, daß das Recht einfach eine Vernunftforderung sein soll. Es soll ein Bedürfniß der menschlichen Vernunft sein, die Rechtsordnung vernunftgemäß zu gestalten[3]). Bei dem Gesetz ließe sich das noch denken — aber bei der Gewohnheit nicht. Dahn selbst sagt, daß die Friedensordnung ursprünglich in der Gewohnheit unbewußt, instinctiv erwachsen sei. Damit wäre aber eine unbewußte Vernunft constatirt, und von Hartmanns Metaphysik des Unbewußten stände in gefährlicher Nähe. — Noch weniger als dies normengebende läßt sich aber das normengehorchende Element allein auf die Vernunft stützen. Der Gehorsam auch gegenüber dem als unvernünftig erkannten Gesetz beruht nach Dahn auf der freiwilligen Erkenntniß, daß der Gehorsam gegenüber der Vernunftordnung des Staates im Ganzen selbst vernunftnothwendig, und der Nachtheil eines einzelnen unvernünftigen Gesetzes verschwindend klein ist im Vergleich schon mit den Segnungen der Friedensordnung, auch im Vergleich mit

---

[1]) Vernunft im Recht, Seite 39. Seite 35 loc. cit. sagt Dahn: „Die Erzwingbarkeit als Kriterium des Rechts wird seit Thomas von Aquin bis zur Ermüdung immer wiederholt, bis endlich die englischen „Politiker" zeigen, daß nicht die „Gewalt, der Zwang, den Staat ausmacht, denn Gewalt habe auch der Teufel". — Es gibt Rechtsnormen ohne Zwang!

[2]) Cf. Vernunft im Recht Seite 12, Bausteine 4. Reihe Seite 234, 178; Dahn betont mit Recht die Nothwendigkeit der Rechtsvergleichung, die in der That noch ein Aschenbrödel ist: Vernunft im Recht S. 182, Bausteine loc. cit. Seite 294. Indessen dient dieselbe m. E. mehr zur Erläuterung des Werdens der Institute, als zur bewußten Neusetzung derselben im Gesetz, denn hier herrscht der bewußte Zweckgedanke stets vor.

[3]) Cf. Bausteine loc. cit. Seite 244. Das Recht ist „Vernunftbefriedigung", Vernunft im Recht S. 80; die „Logik producirt das Recht", S. 81 loc. cit.; die opinio necessitatis ist der „kategorische Imperativ der Rechtsvernunft" S. 85.; Recht ist „Vernunft" S. 97, die Vernunft „empört sich" gegen das Unrecht, Seite 103; das Unrecht ist „unlogisch" S. 113; die Thiere haben kein Recht, weil sie „der Vernunft entrathen" S. 123; und viele andere Stellen der „Bausteine" und der „Vernunft im Recht."

Digitized by Google

dem Verderben, welches die thätliche Auflehnung der Einzelvernunft gegen ein für unvernünftig erkanntes Gesetz verbreiten würde[1]). Allein ich bestreite, daß der Gehorsam gegen das Gesetz auf dieser künstlichen Reflexion ruht. Auch der beschränkte Mensch hat vor dem Recht eine „heilige Scheu", ohne alle und jede Reflexion. Und wo bleibt die Reflexion beim Gehorsam gegen die „Urform aller Rechtsbildung", die Gewohnheit, wo „Unbewußtheit" und „Unwillkürlichkeit" waltet?[2]) Wo man von der Reflexion so weit entfernt war, daß man ganz unvernünftiger Weise annahm, große Helden wie Karl der Große hätten die Normen gegeben, und diesen Männern sei man doch Gehorsam schuldig? Die Vernunft war es nicht, die an die Normen band, es war der sittliche Geselligkeitstrieb, der Normengeber und Normengehorcher, und weil dieser stets nationaler Natur ist, so glaubte die damalige Reflexion, es binde sie der Name des großen deutschen Karl. Sie hätte bei näherer Nachfrage erfahren, daß auch alle die sich gebunden fühlten, welche die Normen nicht auf eine heilige Thätigkeit Karl des Großen zurückführten. Später irrte die Reflexion in anderer Weise, sie suchte den Verjährungsgedanken des Gebundenseins zu erklären. — Den sittlichen Geselligkeitstrieb nimmt Dahn nicht an, er führt Alles auf die Nöthigung zurück, das Vernunftgesetz der Erscheinungen zu finden[3]). Dagegen hat Dahn die nationale Natur des Rechts scharf erkannt und energisch betont[4]). Was die Quellen betrifft, so scheint Dahn auch in der Gegenwart keine Verkümmerung der Gewohnheit anzunehmen[5]).

12) Ich habe jetzt die Ansicht Thons zu erörtern. Dieselbe weicht sowohl von v. Ihering wie von Dahn ab.

In seinem, unsere Frage zuerst berührenden Werke (Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878) fußt Thon auf Hegels „allgemeinem Willen" (Seite 1), das objective Recht ist „der allgemeine Wille" (Seite 108), die „Wucht des allgemeinen Willens" wendet sich „in der Norm an den Willen des ihr Unterworfenen (Seite 7)."

Von Hegels System aus aber bedarf es, wie erhellen wird, des sittlichen Geselligkeitstriebes nicht.

Doch geht Thon insofern bereits hier über Hegel hinaus, als er den allgemeinen Willen in imperativische Normen auflöst; das gesammte Recht ist ihm nichts als ein Complex von Imperativen[6]), eine Ansicht, die ich theile. Die Wesensnormen fordern diese Form von allen Rechtsnormen. Die Form ist in uns selbst gegeben!

---

[1]) Vernunft im Recht, Seite 139.
[2]) Vernunft im Recht, Seite 29.
[3]) Bausteine loc. cit. Seite 35, und „Vernunft im Recht" Seite 144 ff.
[4]) Bausteine loc. cit. Seite 150 und „Vernunft im Recht" Seite 143.
[5]) Seite 305 der Bausteine und Seite 268.
[6]) Seite 8 loc. cit.

Digitized by Google

Wer ist nun der Normengehorcher? Thon lehnt mit vollem Recht den Zwang als wesentlichen Bestandtheil im Begriffe des Rechts ab (S. 4). Er nennt als treffendes Beispiel die Normen des Staatsrechts, „von denen oft gerade die fundamentalsten im Falle der Uebertretung ohne Rechtsfolge bleiben“[1]).

Nun sind aber doch die Imperative nur ein Versuch, das Befohlene zu erreichen, und zwar „ein unvollkommener, um deßwillen, weil der Wille der Normunterworfenen frei bleibt und den Befehlen Ungehorsam entgegensetzen kann“[2]).

Wer zwingt in den Fällen, wo die Rechtsordnung nicht den bequemen Weg der folgenden Imperative wählt[3]), zum Gehorsam gegen die Norm?

„Die Geringachtung der nackten Norm beruht auf einer Unterschätzung der idealen Macht, die der Wille der Gemeinschaft auf jeden in ihr Lebenden ausübt“[4]).

Damit ist der Hegelsche „allgemeine Wille“ zum „Willen der Gemeinschaft“ geworden. In Gesetz und Gewohnheit wird dieser Wille ausgedrückt. Das Gesetz ist nur eine abgeleitete Rechtsquelle, die Befugniß der legislativen Organe ist auf gewohnheitsrechtliche Satzung zurückzuführen.[5])

So könnte es scheinen, als ob die Gewohnheit die eine, letzte Quelle des Rechts wäre, was meiner Auffassung widersprechen würde.

Näher zum sittlichen Geselligkeitstrieb führt die zweite Arbeit Thon's, „der Rechtsbegriff“ (1880)[6]). Thon spricht hier nicht mehr vom allgemeinen Willen und dessen „Wucht“, sondern versucht eine andere Construction des Rechts.

Eine gegenseitige Erwartung in Betreff des Verhaltens des Andern stellt einen modus vivendi her. Nicht einseitige Mäßigung erzeugt ihn, sondern ein auf Einsicht und Erfahrung gebautes Compromiß von Interessen. Das ist der Anfang der Rechtsbildung.[7])

Wird nun diese Erwartung gesteigert zum Verlangen und bildet letzteres für das Verhalten der anderen Seite ein bestimmendes Motiv,

---

[1]) Seite 7 loc. cit.
[2]) Seite 11, 12 loc. cit.
[3]) Seite 7 loc. cit.
[4]) Seite 6 loc. cit.
[5]) Seite 1 Anm. 3 loc. cit.
[6]) Seperatabdruck aus der von Professor Grünhut herausgegebenen Zeitschrift f. d. Priv. und öff. Recht der Gegenwart. VII. Band, 2. Heft. Die Schrift wurde durch v. Iherings „Zweck im Recht“ (1877) veranlaßt, die Thon bereits in der Vorrede zur „Rechtsnorm“ (1878) erwähnt. Als Grundlage für die Untersuchungen ist ein kurzer Auszug des v. Ihering'schen epochemachenden, neuen Werkes vorangestellt (Seite 1—8 loc. cit).
[7]) Seite 10 loc. cit.

Digitized by Google

so ist ein Rechtszustand zwischen beiden Theilen hergestellt[1]). So eingehend ich auch immer diese Construction von neuem prüfe, ich kann mich der Ueberzeugung nicht erwehren, daß dies die Zurückführung auf den Vertrag ist. Thon sagt selbst „Es war einseitig und ungenau, wenn die Naturrechtslehre früherhin alles Recht aus einem Vertrage herstammen ließ. Aber insofern kam doch in dieser fehlsamen Fassung ein richtiger Gedanke zum Ausdruck, daß alles Recht ein Compromiß der Interessen voraussetzt. Jede Rechtsbildung ist ein zwei- oder mehrseitiger Act; sie setzt eine Veränderung in der Seele wenigstens zweier Menschen voraus"[2]). Weder der Vertrag noch der Compromiß ist aber bei der Bildung von Gewohnheitsrecht irgendwie nachweisbar.

Dagegen stimme ich Thon vollkommen darin bei, daß das Wesen des Rechtes Wirkung ist. „Die Befehle der gesetzgebenden Organe sind nur insofern Recht, als sie wirken, d. h. insofern, als sie diejenigen, an die sie sich unmittelbar oder mittelbar wenden, zu dem gebotenen Verhalten bestimmen: nicht jeden Einzelnen zwar — sonst würde jedes Verbrechen die übertretene Rechtsnorm aufheben — wohl aber die große Menge, die wir die Gesammtheit zu nennen pflegen[3])

Weisen aber die Worte „nicht jeden Einzelnen zwar" nicht darauf hin, daß das Recht nicht auf einen Compromiß zwischen mindestens zwei Menschen zurückzuführen ist?

In der „Gesammtheit" wie in jedem „Einzelnen" (wenn er nicht entartet ist) wirkt der sittliche Geselligkeitstrieb. Er treibt zur Setzung der Normen und zum Gehorsam gegen Gesetz und Gewohnheit. Er wirkt im Friedensschluß wie im Gehorsam gegen denselben. Er schafft das Recht, nicht der „Büttel im Hintergrunde"[4]).

Auf dieser Verschiedenheit der letzten Grundlage ruht auch das Abweichende meiner Ansicht über die Abgrenzung des objectiven Rechts. Weil der Trieb ein nationaler ist vermag ich nur in der nationalen Gewohnheit und im nationalen Gesetz objectives Recht zu sehen, und nicht in jeder Norm einer menschlichen Gemeinschaft, die eine gewisse Norm des Zusammenlebens anerkennt[5]).

Nach Bildung des Staates kann sich Gesetz und Gewohnheit national entwickeln. Aber auch vor Bildung des Staates ist nationales, oder stammverwandtes Recht möglich. Ich gehe weiter als die Theorieen, die nur staatliches Recht annehmen, aber ich nehme nicht mit Thon Recht für jede menschliche Gemeinschaft an.

---

[1]) Seite 10 loc. cit.
[2]) Seite 11 loc. cit.
[3]) Seite 17 Anm. 13 loc. cit.
[4]) Cf. Seite 18 loc. cit.
[5]) Cf. Seite 13 loc. cit.

Digitized by Google

Endlich sei noch erwähnt, daß sich bei Thon eine Stelle findet, die zur Anerkennung des sittlichen Geselligkeitstriebes und der Wesensnormen hinüber leiten kann. Thon sagt nämlich: „Die Fähigkeit, das Recht zu erzeugen, darf den arterhaltenden Eigenschaften des heutigen Menschengeschlechtes zugezählt werden"[1]). Ich habe versucht diese „Eigenschaft" näher klarzulegen.

13) Eine reiche Ausbeute über mein Thema gewährt Zitelmanns „Irrthum und Rechtsgeschäft" (1879), ein Werk, das ich in historischer Folge an die vorgenannten anschließe, obwohl es seiner Selbständigkeit wegen mit jenen kaum Verwandtschaft hat. Zitelmann sagt sehr richtig: „Das, was wir das objective Recht nennen, ist eine rein geistige Schöpfung von uns[2]); die erste Form seines empirischen Auftretens ist die der Norm: jedes objective Recht ist ursprünglich lediglich ein Complex von Normen"[3]). Ich bin ferner mit Zitelmann darüber einverstanden, daß das Recht eine Nachbildung der Natur im Elemente des Gedankens ist[4]). Ich finde nun diese Nachbildung im Organismus des Rechts, der entschieden aber darin seinen Grund hat, daß nur Organisches leben kann, und daß mithin auch das von dem Lebewesen für das Leben Geschaffene organisch sein muß. Die Moral mag rein geistig sein, das Recht ist organisch[5]). Aus diesem Grund sehe ich in der „Atomisirung des

---

[1]) Seite 12 loc. cit.

[2]) Freilich schafft unser Ich auch erst unsere Welt in der Natur, die ohne das Ich sicher das nicht ist, was sie mit ihm und durch dasselbe scheint zu sein. Indessen dürfen wir denn doch die Annahme einer Materie nicht auch als Sinnenglaube bezeichnen, diese Materie der Natur fehlt dem objectiven Rechte. Das Recht ist unsere Schöpfung und nur unsere Menschenthat, deßhalb unser Stolz und unser irdischer Trost, deßhalb die Königin der Wissenschaften, die das Leben der Andern erst ermöglicht.

[3]) „Irrthum und Rechtsgeschäft" Seite 201. Gewiß sind die Normen aber nur „das Material, aus dem die juristische Welt erst aufgebaut werden soll." Ich finde den Aufbau im sittlichen Geselligkeitstrieb und den Wesensnormen, den Ausbau in der Zusammenfügung der zu Rechtsnormen gewordenen Lebensverhältnisse. Wo aber bleibt der Bauplan? — Ich verwende hier nicht das Bild des Baues, weil ich behaupte, das Recht ist ein Organismus, dessen Princip (immanent und ordnend) der Zweck und dessen Ursache das freie Ich ist. In diesem Sinne ist das Ich der Schöpfer des Rechts. Nur den Rechtstrieb und die Wesensnormen hat es nicht geschaffen, diese sind a priori durch die letzte Ursache „an sich" bedingt. — Das Recht ist ein Organismus, der in der Zeit entsteht und vergeht, also ein „Ding", ein „Gegenstand", ein „Einzelnes" ist. Diesen Dingen fehlt einzig das räthselhafte Etwas, die Materie, die ich trotz aller Skepsis gegen die „Erscheinung" annehme, und nicht mit Fichte aus dem Ich entstehen lasse, weil die Mitichs sie doch wenigstens vermuthen lassen. Nach Fichte freilich ist das Zeitding vom materiellen Ding nicht verschieden, ihn stört auch die Vermuthung der Mitichs nicht, denn sein kühnes Ich glaubt die Mitichs so gut wie alles Nicht-ich zu schaffen.

[4]) loc. cit. Seite 203. Cf. die Citate aus Ihering loc. cit. Anm. 157.

[5]) Zitelmann verwendet mehr die Causalitätskategorie für die Rechtswelt. Mein Ursachenbegriff weicht von dem seinigen ab [cf. meine Commissivdelicte durch

Digitized by Google

Rechts in lauter einzelnen Norme"[1]), gegen Zitelmann einen Fortschritt[2]), denn wenn wir den Rechtsorganismus verstehen wollen, müssen wir ihn zerlegen. Der Arzt, der einen Körper secirt, wird aber nie in den Irrthum verfallen, daß die einzelnen Theile = dem lebenden Gesammtorganismus sind[3]). — Was die Quellen des Rechts betrifft, so nimmt Zitelmann den Act der Gesetzgebung und die Gewohnheit als solche an[4]). Eine Erörterung derselben lag außerhalb seines Themas. Dagegen ist das Wesen des Rechts noch weiter erörtert. Zitelmann führt das Recht im letzten Grunde auf den Selbsterhaltungstrieb zurück, den wiederum die Unlust zum Handeln treibt. Unter dieser Unlust versteht er die Unlust mit dem Jetzt, aus der sich das Streben ergibt, ihr ein Ende zu machen[5]). Ich muß dieser Ansicht verneinend entgegentreten. Mag die Unlust auch im idealsten Sinne aufgefaßt werden, Kants kategorischer Imperativ ruht nicht auf der Rechnung, daß die Lust, die sich aus der Befolgung jenes Imperativs für sein Inneres ergibt, größer ist, als die Lust, welche ihm ein anderes Handeln bieten würde. Die Lust- und Unlust-Theorie zählt heute zahlreiche Anhänger, ich nenne neben Zitelmann nur von Ihering[6]) und Schuppe[7]). Allein die Selbstbeobachtung zeigt, daß wir die Rechnung nicht vornehmen; daß Reflexion nach der That sie schaffen kann, ist kein Beweis dafür, daß die That auf ihr ruht; es ist nicht wahr daß hier post hoc ergo propter hoc gelte. Auch sonst finde ich keinen Grund in der Erfahrung, zu den „Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre"[8]) zurückzukehren. Die Erfahrung zeigt mir in der Gegenwart, daß viele im Leben nur Unlust sehen, weil ihnen das Leben selbst keine Lust ist. Und in der That ergibt auch nach meiner philosophischen Ansicht die „Rechnung" für die Erscheinungswelt ewig einen Ueberschuß von Unlust für den Einzelnen, es gibt keine „Augenblicke im Paradiese" und kann sie nie geben! Die

---

Unterlassung 2c.") — Schloßmanns Einwendungen, auf die Zitelmann eingeht, werde ich nur dann widerlegen, sobald derselbe nicht bloß einreißt, sondern aufbaut, nur darf er nicht seine „Gerechtigkeit" den Baumeister sein lassen, denn diese ist in seinem Sinne für mich wesenlos, also für das positive Recht nicht brauchbar.

[1]) loc. cit. Seite 214.

[2]) Auch ich „denke an Thons Rechtsnorm", loc. cit. Anm. 171.

[3]) Zitelmann verwerthet von seinem Standpunkte aus das Bild von den Bausteinen und dem ganzen architektonischen Gebäude (loc. cit.) Da ein Gebäude kein Organismus ist, kann hier das Einreißen nicht zu einem Fortschritt führen. — Ich sehe in Thons Arbeit kein Atomisiren, sondern sozusagen ein wissenschaftliches Seciren.

[4]) loc. cit. Seite 207.

[5]) loc cit. Seite 162.

[6]) „Zweck im Recht."

[7]) „Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie."

[8]) Kant, Metaphysik der Sitten, Ausgabe von v. Kirchmann, Seite 173.

Digitized by Google

der Forschung gesetzten Schranken[1]), die Enge des Daseins, der Tod, all das Endliche in dem das nach dem Unendlichen und Uferlosen ringende Ich „an sich“ leben muß, lassen keinen Raum für reine Lust und für volle Befriedigung[2]). Nur das kalte, starre Pflichtgefühl, die Abzahlung der Schuld an die Vorwelt im ewigen Erbrecht der Menschheit, vermag uns zu halten, sobald wir reflectiren. Das ist meine, sowohl Zitelmann wie v. Ihering und Schuppe entgegengesetzte und für mich feststehende wissenschaftliche Ansicht. Der Gegensatz ruht aber nicht auf juristischer Construction, sondern auf der gänzlichen Verschiedenheit der philosophischen Grundlagen. Allein zum Glück bedarf es der Reflexion für die Mehrheit gar nicht. Der sittliche Geselligkeitstrieb, die natura generis humani, ersetzt dieselbe. — Im höchsten Grade interessant für meine Forschung ist Zitelmanns Auffassung der juristischen Causalität[3]). Diese ist ihm eine von Menschen ganz nach Analogie der natürlichen geschaffene eigene juristische Causalität. Er sagt sehr richtig „wenn die Norm durch bestimmte Thatsachen wachgerufen wird, so müssen diese Thatsachen die Ursachen des Wachwerdens sein“[4]). Ich finde aber den Grund hierfür nicht darin, daß jeder Rechtssatz ein hypothetisches Urtheil ist[5]), denn ich sehe in ihm nur den Imperativ, den Normenbefehler. Nun sagt Zitelmann weiter „bei einem Imperativ könnte von einem Causalverhältnisse nie die Rede sein“. Aber es liegt der Normengehorcher mit seinem „Du bist verpflichtet“[6]) in unserem Wesen, im Rechtstriebe. Uebrigens erkennt auch wohl Zitelmann die Einheit des Normengebers und des Normengehorchers indirect an, denn er sagt „der Zusammenhang ist gleichsam vor unsern Augen durch den Gesetzgeber[7]) selbst erst hergestellt worden“, und „es besteht eine nothwendige Verbindung durch den Willen des Gesetzgebers“[8]); ferner „diese Verbindung deckt sich mit keiner der sonstigen Gestaltungen des Satzes vom Grunde[9]), sie ist weder Motivation noch logische Nothwendigkeit[10]) noch

[1]) Dies ist der rein wissenschaftliche Grund meiner Ansicht. Cf. Kants Philosophie.

[2]) Schon Augustinus sagt, freilich in anderem Sinne: „tu nos fecisti ad te, et inquietum est cor nostrum, donec requiescat in te!“ In meiner Sprache heißt das: das Ich als reines Sein findet vielleicht in der Ursache im reinen Sein, am Schlusse des großen Weltprozesses, Ruhe und Frieden.

[3]) loc. cit. Seite 221.

[4]) loc. cit. Seite 222.

[5]) loc. cit. Seite 222.

[6]) loc. cit. Seite 223. Schuppe hat als Philosoph in der Zeitschrift Grünhuts (X. Band 2. Heft) diese Causalität mißverstanden (Seite 351, unten). Ich theile auch seine „Correctur der alten Begriffe“ nicht (Seite 379), soweit er Kant'sche Grundlagen corrigiren will!

[7]) loc. cit. Seite 224 Anm. 182 wird mit Recht auch die Gewohnheit hierunter mitverstanden.

[8]) loc. cit. Seite 224.

[9]) Deßhalb verkannte Schopenhauer m. E. total die Natur des Rechts.

[10]) Diese nimmt Dahn an!

Digitized by Google

natürliche Causalität u. s. w., sondern sie ist eine vollständig eigene, von Menschen geschaffene Art der Nothwendigkeit"[1]). Ich wähle für die juristische Causalität keinen „besseren Ausdruck"[2]), denn ich erkenne sie unter einer Vorbedingung an, die ich bei Zitelmann vermisse. Schopenhauer ist der Mann, welcher über den bloßen Begriff der Gesetzlichkeit im Aufeinanderfolgen der Begebenheiten hinausgegangen ist, und in der „vierfachen Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde" gezeigt hat, daß der Verstand kraft der Erkenntniß a priori stets mindestens ein zweites Ding setzt, wenn im Zustand eines Dinges eine Veränderung wahrgenommen wird. (Cf. Fick, Ursache und Wirkung, 1882, 2. Aufl. Seite 4). Den Grundbegriff der Einwirkung, der ein ganz anderer ist als der Begriff der Gesetzmäßigkeit in der Aufeinanderfolge der Erscheinungen (Seite 5 loc. cit. bei Fick) müssen wir auch im Rechte verwerthen. Die bloße Gegenwart der Norm bewirkt keinen Vorgang (ich trenne diesen von der Bewegung) in der innern Welt. Es ist auch im Recht für die Wirkung nöthig der nexus zwischen Normgeber und Normgehorcher, welcher die Wirkungsfähigkeit ausmacht, die man in der Naturwissenschaft „Kraft" nennt, der sittliche Geselligkeitstrieb. Die juristische Causalität Zitelmanns, d. i. die Wirkung und Einwirkung der Normen, kann m. E. nur bestehen, wenn der Rechtstrieb mit dem Normengehorcher im Wesen aller Menschen liegt[3]). Diese Vorbedingung ist aber auch bei jeder anderen Causalität nöthig, nur in anderer Art. Daß der Stein fällt, ist verursacht durch den Stoß, aber bedingt durch das Princip der Schwerkraft und die Ursache der Welt. Daß der Mensch der Norm gehorcht, ist verursacht durch den Befehl der Norm aber bedingt durch das Princip des sittlichen Geselligkeitstriebes und die Ursache der Welt. Der Trieb ist es, der es zunächst ermöglicht, daß der Imperativ der Norm „Du sollst!" causal den Imperativ „Du bist verpflichtet!" weckt. Die Ursache[4]) des Gehorsams[5])

---

[1]) loc. cit. Seite 225.

[2]) Seite 225 loc. cit.

[3]) Instinct möchte ich das Agens vor dem Willensact nicht nennen (loc. cit. Seite 109) sondern: natura generis humani.

[4]) Cf. Ueber den Begriff der Ursache cf. meine „Commissivdelicte durch Unterlassung" Seite 172. Ich habe dort die Theorie v. Bars von „der Regel des Lebens" in dieser Verwendung bekämpft. Daß sie „überhaupt keinen Werth" habe, nehme ich durchaus nicht an. Sie kann und muß „die Bedeutung der Mittheilungszeichen" und den Parteiwillen erklären, wie Zitelmann mehrfach hervorhebt (cf. z. B. Seite 241 Anm. 205, Seite 251, Seite 262, Seite 264 loc. cit.) Die Regel des Lebens ist aber unbrauchbar für die Causalität und für das objective Recht (Seite 93 meiner Commissivd. d. U.), während sie unentbehrlich für das individuelle Vertragsrecht ist (Seite 92 meiner Commissivdelicte d. U.); von Bars Theorie geht zu weit. Immerhin kann ich begreifen, wie von Bar zu seiner total neuen und für das objective Recht wohl nirgend getheilten Ansicht gekommen ist: die alte Ansicht der historischen Schule ist überwunden und wir ringen in der Gegenwart nach einer neuen.

[5]) Dieser ruht auf einem inneren Imperativ des Ichs an sich selbst.

Digitized by Google

ist der Befehl, die nächste Bedingung der Trieb, weiter nach der letzten Ursache zu forschen habe ich hier keine Veranlassung[1]).

14) Der Aufsatz von Adolf Schmidt, den ich bei dem positiven Recht eingehend besprechen werde, liefert mir nicht das gesuchte Band von Willen zu Willen. Schmidt sagt: das Recht ist Gesammtwille[2]). Dieser entsteht nur dadurch, daß alle Einzelnen einer bestimmten Autorität sich zu unterwerfen haben. Indessen finden wir den bestimmenden Willensakt dieser Unterwerfung nirgend. Ich vermag deßhalb Schmidt in seiner Folgerung nicht beizustimmen. „Weil der Gesammtwille auf dem Principe der nothwendigen Unterwerfung beruht, deßhalb ist er keine Fiction"[3]). Es bedarf des von mir aufgestellten sittlichen Geselligkeitstriebes hinter jedem Einzelwillen, um, wie Schmidt will, ohne Hegelsche „Fiction" einen Gesammtwillen zu construiren.

Hingegen stimme ich Schmidt darin bei, daß der Staat, wo es erforderlich ist, das Rechtsgesetz durch Hinzufügung des Zwanges 2c. verwirklicht. Durch den Zusatz „wo erforderlich"[4]) ist Raum gelassen für Rechtsnormen, hinter denen kein Zwang 2c. steht, die aber unbestreitbar Recht sind.

Auch die Möglichkeit des Verkümmerns der Gewohnheit als Quelle in der Zeit (cf. die 3. Wesensnorm) ist von Schmidt klar und begründet ausgesprochen[5]) neben der Anerkennung der vollen, gleichen Dignität beider[6]).

Einzelne Erörterungen des genannten Autors habe ich an anderer Stelle (im positiven Recht) zu besprechen.

Das Anschwellen meines Buches verbietet mir leider, noch auf weitere Autoren einzugehen, und gebietet mir eine leidige Selbstbeschränkung. Ich will daher hiermit die Reihe der Autoren beenden, die in jüngerer Zeit über das Wesen und die Quellen des Rechts selbstständige Abhandlungen verfaßt haben. Die Lehrbücher befassen sich mit der Frage mehr nebenbei, ich darf ihre Ansichten daher mit größerer Kürze behandeln als ich jene besprochen habe.

15) Gerber[7]) findet die bindende Kraft des Gewohnheitsrecht in der Anerkennung, welche der in thatsächlicher Uebung offenbarten Rechtsüberzeugung des durch gemeinsame Sittlichkeit verbundenen Volks gebührt,

---

[1]) So wenig wie der Naturforscher bei einer Specialfrage Grund hat, über das Princip der Schwerkraft hinaus zu gehen auf die letzte Ursache der Schwerkraft.
[2]) Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, Seite 5.
[3]) Seite 6 loc. cit.
[4]) Seite 1 loc. cit.
[5]) Seite 9 und 10 loc. cit. „So haben alle menschlichen Dinge ihre Zeit."
[6]) Sie unterscheiden sich „lediglich durch die Erklärungsform des Willens, also durch ein Moment von nebensächlicher Bedeutung (Seite 8 loc. cit.)
[7]) v. Gerber, System des deutschen Privatrechts 12. Aufl. 1875. Seite 69.

Digitized by Google

und schließt sich damit eng an Puchta (Gewohnheitsrecht 1837) an. Er tadelt die neuen Gesetzbücher, welche diese Quelle verschließen wollen[1]), und leugnet damit, daß dieselbe in der Gegenwart verkümmert sei.

16) Beseler sagt über das Wesen des Rechts: „es ist mit der Menschheit selbst gesetzt, eine ursprüngliche, ihr von Gott verliehene, mit dem Staatstrieb untrennbar verbundene Kraft und Begabung"[2]). Es wäre aber sehr wünschenswerth gewesen, den Rechtstrieb und die Wesensnormen auch zu definiren. Mit der Unterscheidung zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht[3]) kann ich mich nicht einverstanden erklären, geschriebenes Recht ist auch das aufgeschriebene Gewohnheitsrecht. Da auch Beseler den rechterzeugenden „Willensact" betont, würde der Gegensatz zwischen gesetztem und ungesetztem Recht vielleicht besser sein.

17) Stobbe[4]) lehnt sich an Puchta an und sieht in der Uebung nur ein Zeugniß für ein vorhandenes Gewohnheitsrecht. Die Entwickelung der dritten Wesensnorm erkennt er dagegen in meinem Sinne an, und zeigt das historische Prius der Gewohnheit[5]) und das Prävaliren des Gesetzes in der Gegenwart[6]). Nicht zugeben kann ich aber, daß die allgemeine, das Gewohnheitsrecht verbietende Norm nicht aufgehoben werden könne[7]). Erstarkte die verkümmerte Gewohnheit und schwiege daneben das Gesetz, ohne das Recht fortzubilden, so würde auch diese Verbotsnorm endlich der Uebung weichen müssen.

18) Zu den Juristen, welche noch andere Rechtsquellen, als Gesetz und Gewohnheit, kennen, gehört Thöl. Mich vermag aber seine gewiß schwer ins Gewicht fallende Stimme nicht zu überzeugen. Die Wissenschaft[8]) ist m. E. keine Rechtsquelle, denn sie hat keine Imperative, keine Normen zu geben, sie könnte das auch nicht, denn keine Stimme in unserem Wesen heißt uns ihr unbedingt folgen, im Gegentheil gehen wir stets kritisch an ihre Forderung heran. Ebensowenig vermag ich in der Praxis[9]) eine Quelle zu sehen. Daß dieselbe bei „billigen" und gleichgültigen Fällen Recht bilden könne, wage ich zu bestreiten; sie kann nur in der Form der Gewohnheit auch hier zum positiven

---

[1]) loc. cit. Seite 70 Anm. 3.
[2]) System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1873. I. Abtheilung. Seite 44 f.
[3]) loc. cit. Seite 46.
[4]) Handbuch des deutschen Privatrechts B. 1 Seite 148.
[5]) loc. cit. Seite 143.
[6]) loc. cit. Seite 147.
[7]) loc. cit. Seite 157.
[8]) Thöl, das Handelsrecht, 5. Aufl. Seite 47.
[9]) loc. cit. Seite 46.

Digitized by Google

Recht werden. Thatsächlich ist man in der Praxis auch nie anderer Ansicht gewesen[1][2].

19) In der Verkennung der historischen Umgestaltung der dritten Wesensnorm geht am weitesten Böhlau, der im Gesetz nicht Recht sondern lediglich Staatswillen sieht (Mecklenb. Landrecht B. 1 Seite 274) und die Codification verwirft (S. 277 loc. cit.) Allein die Geschichte beweist, daß wir nach unserem Wesen auch im Gesetz Recht sehen und dem Imperativ gehorchen, daß wir sogar jetzt nur gesetztes Recht wollen, und daß die Quelle der Gewohnheit zur Zeit sehr spärlich fließt. Die Behauptung eines Einzelnen dürfte kaum etwas an dieser Wahrheit ändern.

20) Windscheid geht auf den sittlichen Geselligkeitstrieb und die Wesensnormen nicht näher ein. Er definirt das objective Recht als die Rechtsordnung[3]). Daß der Zwang nicht nothwendig zum Begriffe des Rechts gehöre, spricht er offen aus[4]). Seinen Ansichten über die Quellen des Rechts kann ich im Großen und Ganzen von meiner Theorie aus zustimmen. Die Definition des Gesetzes theile ich[5]). Bei der Definition des Gewohnheitsrechts muß ich mich aber gegen das Wort „Ueberzeugung der Uebenden“[6]) verwahren. Ebensowenig sehe ich in der „Vernunft der Völker“ die letzte Quelle[7]). Sehr treffend sind m. E. dagegen Windscheids Bemerkungen über die gegenwärtige Verkümmerung der Gewohnheit[8]), und ebenso richtig und zutreffend ist die Ansicht über die Kraft des Gewohnheitsrechts[9]).

§ 20.

Die neueren Ansichten der Rechtsphilosophen.

1) Ehe ich an die Darstellung der neueren Rechtsphilosophie gehe, muß ich mich zuerst mit dem Philosophen auseinandersetzen, dessen System

---

[1]) In der Weiterbildung der historischen Schule und deren Reinigung von romantischen Träumen vom Volksgeiste hat die Theorie Thöls große Verdienste, die auch die Gegner derselben anerkennen sollten.

[2]) Das Reichsgericht hat, wie an anderer Stelle citirt ist, mehrfach ausgesprochen, daß die Praxis allein nie Recht schaffen könne. Es gibt in diesem Sinne kein Juristenrecht.

[3]) Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. 1. Band. Seite 92.

[4]) loc. cit. Seite 93.

[5]) loc. cit. Seite 39.

[6]) loc. cit. Seite 42.

[7]) loc. cit. Seite 43.

[8]) loc. cit. Seite 44, und Anm. 4 a. E.

[9]) loc. cit. Seite 50 § 18. Cf. insbesondere die neue Ansicht in Anm. 3 S. 51.

Digitized by Google

ich folge[1]), dem ich aber für den Rechtsbegriff nicht beitreten kann. Die Zeit vor Kant lasse ich des Raums wegen hier unberücksichtigt.

Meine Theorie vom sittlichen Geselligkeitstriebe als Normgeber und Normengehorcher, die im Rechte Freiheit und Nothwendigkeit zur Einigung bringt, scheint auf den ersten Blick mit Kants kategorischem Imperativ identisch zu sein, der diese Einigung in der Moral nachweist. Es liegt aber zwischen ihr und jenem dieselbe himmelweite Kluft, die zwischen Recht und Moral liegt. Das will ich in Folgendem nachweisen. Das Sollen ist bei Kant ein ganz Andres, als mein Normengehorchen im Recht. „Indem Kant den Menschen zugleich als Sinnen- und als Vernunftwesen faßt, aber nicht vergißt, daß Beide sich entgegen gesetzt sind, tritt in der Vereinigung beider sogleich das Uniquat beider Seiten, darum das Sollen hervor, durch welches die Ethik die Form der in Imperativen sprechenden Pflichtenlehre bekommt"[2]). Das Noumenon gibt das Gesetz, das Phänomenon gehorcht ihm. Ganz anders steht es im Rechte. In jedem Wesen in seiner menschlichen Erscheinung liegt der sittliche Geselligkeitstrieb, der Normen geben muß und den Normen gehorchen muß. Dieser sagt beim Ungehorsam gegen die Norm: Du handelst unrecht! Zweitens hallt der Donner des kategorischen Imperativs über den ganzen Erdball, dagegen ist die Wirkung des sittlichen Geselligkeitstriebes stets beschränkt auf eine bestimmte Nation, denn sein Wesen ist ein nationales, weil das Wesen der menschlichen Erscheinung ein solches ist. Das Recht sagt nicht: Handle so wie Du wünschen darfst daß Alle handeln! Es sagt vielmehr: Handle so wie es die Normen für Deine Nation zur Zeit Dir vorschreiben! Drittens läßt sich auch nicht die Legalität in Kants Sinne durch einen äußerlichen Zusatz von der Moralität abgrenzen. Kant meint, so weit mit der Formel der Thatbestand des Handelns stimme, sei es legal, soweit das Motiv der Handlung damit zusammen stimme, sei es moralisch. Die äußeren erzwingbaren Pflichten sind die Rechtspflichten. Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür der Einzelnen nach einem allgemeinen Gesetz vereinigt ist, was nur bei gesetzmäßiger Beschränkung der Willkür möglich ist[3]). Allein das Recht ist kein Inbegiff von Bedingungen, sondern besteht aus einem Organismus von Imperativen: zu den Bedingungen gehören die Lebensbedingungen mit, die keine rechtlichen sind. Auch genügt der Zwang[4]) nicht, der aus dem „Satze des Widerspruchs" folgen soll. Der Verbrecher z. B. wird nicht gezwungen, der Norm zu gehorchen. Verletzt er die Norm, so

---

[1]) Beim Zweck, bei der Causalität, bei der Skepsis gegen die Erscheinung, bei der Freiheit des Ichs 2c. 2c.

[2]) Erdmann, Geschichte der Ph., II., Seite 333.

[3]) Erdmann loc. cit. Seite 336. Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre § B, (Bei von Kirchmann Seite 31.)

[4]) Kant loc. cit. § D.

Digitized by Google

richtet sich an den Staat der Imperativ der Strafe, dem dieser gehorcht[1]) und womit er den Verbrecher mit einem Uebel belegt, um zu[2]) vergelten und stark gegen das Unrecht zu regieren und sich selbst zu behaupten. Das Verbrechen selbst ist irreparabel, und das Erscheinen aller Dinge in der Zeit schon hindert, Vergangenes zu erzwingen.

Im Civilrecht freilich erscheint der Zwang als möglich. Allein die Geschichte der executio ad faciendum zeigt, wie es um denselben steht. Der Umstand, daß etwas später gethan wurde, als es gethan werden sollte, bleibt irreparabel. In der Praxis kommt es in den meisten Fällen zu einem Schadensersatze, der nicht zwingt die Norm zu befolgen, sondern einen materiellen neuen Nachtheil dem zufügt, der einem Andern in der Vergangenheit einen materiellen Nachtheil zufügte.[3]) Endlich übersieht Kant, daß das Recht stets ein nationales sein muß. Das historische Werden des Rechts bleibt bei seiner kühnen Construction a priori ganz außer Acht.[4]) Nach den Ergebnissen der historischen Schule ist ein solches Uebersehen nicht mehr möglich[5]). Indem ich aber im Gegensatze zu Kant dem Rechte eine ganz sebstständige Grundlage gebe, bin ich weit davon entfernt, den Einfluß der Moral zu unterschätzen.[6]) Der moderne Staat normirt erstens auch Zwecke der Moral, soweit sie äußere sind,[7]) er ist keine Assekuranzanstalt der Freiheit. Zweitens sind die donnernden Imperative des kategorischen Imperatives eine starke Stütze des Rechts. Ich beharre

---

[1]) Die Unterordnung der Beamten läßt eine Erzwingung des Imperativs hier und da ermöglichen. Allein das Gebundensein an die Beamtennorm ist die Hauptbedingung. Es bleibt ja auch immer ein letzter Imperativ an die höchste Instanz, hinter dem gar kein Zwang steht.

[2]) Wir strafen um zu vergelten quia peccatum est, aber die Strafe folgt nicht aus dem Verbrechen wie der Fall des Steines daraus folgt, daß er hinabgeworfen wird. Cf. von Ihering „Zweck im Recht" Seite 4.

[3]) Dies zu thun, gebeut dem Beamten wiederum ein Imperativ. Gehorcht er diesem nicht, so können Strafen eintreten um die zukünftige Handlung des Beamten zu erzwingen. Wirkt diese nicht, so bleibt nur schließlich die Entsetzung übrig, die kein Zwang sondern Strafe ist. Die Thatsache, daß nicht zur rechten Zeit der rechte Beamte eintrat, bleibt irreparabel. Denn wir leben in der Zeit. Daraus folgt, daß vollkommene Strafe aber auch vollkommene Belohnung in der Zeit so wenig denkbar ist, wie vollkommener Schadensersatz, und diese recht praktische Wahrheit lehrt uns die verachtete Metaphysik.

[4]) Daher seine Aeußerung über die angebliche Verlegenheit der Rechtsgelehrten bei der Frage: Was ist Recht? Einleitung in die Rechtslehre § B. loc. cit.

[5]) Daß Kants Staatsbegriff, der zwar keinen Vertragsstaat aber einen reinen Machtstaat ergibt, sich mit dem modernen Begriffe nicht deckt, ruht ebenfalls darauf, daß damals der Staat nicht da war, der jetzt da ist. Man kann nicht verlangen, daß ein Philosoph ein Prophet sei.

[6]) Ich verweise auf meine Zeichnung Seite 180 meiner „Commissivdelicte durch Unterlassung."

[7]) Z. B. Aeußere Achtung der Gottesverehrung, äußere Sittlichkeit, äußere Schonung der Thiere.

Digitized by Google

gegen Schuppe[1]) für die ethische Auffassung bei Kants Auffassung. Achtung, nicht Lust, ist die einzige Empfindung, welche dem Menschen dem Sittengesetz gegenüber ansteht. Ob dies „Rigorismus“[2]) genannt wird, läßt mich kalt; die Wissenschaft ist Verstandes- und nicht Gefühlssache.

Will man noch eine engere Verknüpfung der Moral mit dem Recht construiren, so läßt sich folgender Dialog denken: Die Moral sagt zum Recht: „Du stehst unter mir, meine Ziele sind die höchsten und besten!“ Das Recht sagt: „Ja, aber du kannst ohne mich deine Ziele gar nicht erreichen, du bedarfst meiner Normen in der Entwickelungsgeschichte!“ Die Moral erwidert: „Gut, so halte ich es für moralisch, deinen Normen zu folgen[3]), aber setze dich mit mir nicht in grellen Widerspruch!“ Das Recht schließt: „Wir wollen möglichst Hand in Hand gehen. Nur so wird die Menschheit sich geistig fortentwickeln.“

Auf diese Lösung deutet wohl auch Erdmanns Wort hin: „Wo Pflichten collidiren, und sie collidiren überall, wo es Pflichten, Gesetz, Zwang gibt, da hilft nur eine Radicalcur, und sie besteht nicht darin, eine eingetretene Collission zu lösen, sondern darin, das Eintreten derselben immer seltener, ja soweit es gelingt, unmöglich zu machen, nicht im Wegschaffen eines Symptomes, sondern im Heben der Krankheitsursache“[4]).

2) Ehe ich zu den anderen Constructionen a priori übergehe, will ich einen modernen, selbständigen Denker behandeln, der an Stelle des sittlichen Geselligkeitstriebes ein Band von Bewußtsein zu Bewußtsein setzen will.

Schuppes Lehren enthalten Vieles, worin ich ihm voll beistimmen darf.[5]) Zunächst bekämpfen sie die großen, d. h. nur an Zahl großen Gegner, denen unsre Zeit zujauchzt, und die auch ich bekämpfe, nämlich den vulgären Materialismus,[6]) zweitens den Pessimismus Schopenhauers,[7]) drittens die Metaphysik des „Unbewußten.“[8])

---

[1]) „Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie“ 1881.

[2]) Schwegler, Geschichte der Philosophie, Seite 207.

[3]) Wir sollen der Obrigkeit unterthan sein, die Gewalt über uns hat, aber nicht weil sie das Schwert trägt, sondern weil der sittliche Geselligkeitstrieb in unserm Wesen liegt, das wir zu achten haben. Führt der Glaube diesen Trieb auf Gott zurück, so ist insofern die Obrigkeit von Gott eingesetzt. Dieser Gott sind natürlich nicht die Jesuiten, Päpste 2c.

[4]) „Ernste Spiele“, Seite 116.

[5]) Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie, 1881.

[6]) Seite 73 loc. cit. Cf. meine Commissivdelicte d. U. Seite 194 bis 201.

[7]) Schuppe nennt den Frankfurter „modernen Einsiedler“ (Seite 217) einen „kritiklosen Phantasten“ ohne ihn sachlich zu widerlegen. Ich halte aber den Kampf gegen Irrlehren ebenso und oft mehr für die Förderung der Wahrheit, als die nackte Aufstellung des eignen Systemes es ist. (Seite 3 loc. cit.) Die Bejahung seiner selbst ist auch für den Juristen die Grundlage des Rechts. (Seite 120 bis 125 loc. cit. Cf. meine Commissivdel. 2c. Seite 201 bis 217, Seite 438 bis 451.)

[8]) Schuppe ist „Gegner der Pessimisten“ (Seite 109 loc. cit.), demnach auch Gegner von Hartmanns. Das „Unbewußte“ wird nebenbei angegriffen Seite 100 Anm. und Seite 166, aber wenig sachlich wi erlegt.

Digitized by Google

Ferner stimme ich Schuppe darin bei, daß das Recht dazu dient, um schließlich die Forderungen der Ethik zu verwirklichen in der zeitlichen Entwickelung unseres Geschlechts,[1]) und finde in seinem System Beweise für mein „ewiges Erbrecht der Menschheit.“ Ja selbst bei Einzelheiten des Systems, bei der Aufstellnng des Rechts im weiteren Sinne und im engeren Sinne[2]) sowie bei der Theorie von der Strafe[3]) kann ich Schuppe in vielen Theilen beistimmen.

Dadurch aber, daß er sich als Determinist bekennt[4]), baut er sein System auf einem Schlußsteine auf, der von dem meinigen total verschieden ist[5]). Es kann daher nicht fehlen, daß die größten Verschiedenheiten der Consequenzen grell zu Tage treten[6]).

---

[1]) Schuppe, Seite 284, 291, 316, 24, 25, 131, 168. Cf. hierzu meine Commissivdelicte d. U. 429—431. Die Moral ist auch mir das Fundament des Rechts (Schuppe, Vorwort loc. cit. und meine Abh. loc. cit. Seite 180).

[2]) Cf. Schuppe loc. cit. Seite 290 und Seite 292. Allein für Schuppe ist das Recht im engeren Sinne das Recht, das der Staat realisirt, das Recht im weiteren Sinne fließt nach ihm „aus der Ethik“. Ich vermag dasselbe als Jurist nur auf den Begriff des Staates zu stützen, ein unmittelbares „Fließen aus der Ethik“ nehme ich nicht an. Daß auch der Staat die Forderungen der Ethik mitzuverwirklichen hat, habe ich entschieden betont. Er ist nicht Rechtsstaat im falschen Sinne, aber doch immer Rechtsstaat, d. h. nicht die Ethik ist in ihm Rechtsquelle, sondern das von ihm gesetzte Gesetz (Cf. meine Commissivdelicte d. U. Seite 303, 306, 307, 310, 430), das allerdings auch die äußeren Seiten der Ethik zu verwirklichen hat.

[3]) Schuppe betont mit Recht, daß beide Gefühle Thatsache sind, das Mitleid und die Vergebung des Sittengesetzes und das Gefühl, welches Bestrafung des Verbrechers verlangt (Seite 356, 353, 354 (loc. cit.) Recht und Staat sind nur „eine Stufe des Sittlichen.“ In beiden gilt noch die Talionsnatur der Strafe. (Cf. meine Commissivdelicte d. U. Seite 293.) Allein die Strafe hat eine Doppelnatur, sie ist zugleich Strafe im weiteren Sinne und soll die Staatsgesetze aufrecht erhalten (Seite 366 loc. cit. Hierfür läßt Schuppe Raum, indem er das Zweckmoment in der Strafe voll anerkennt, cf. Seite 346, 366 loc. cit.)

[4]) Schuppe loc. cit. Seite 4, 85, 91, 97, 362. Ich nehme keinen ursach- und motivlosen Willen an, denn dieser wäre „sinnlos“ (Seite 377 loc. cit.) Ich verweise aber auf meine strafrechtliche Abhandlung, aus der die Freiheit des Ich erhellt. Ohne diese gibt es für mich kein Recht, sondern nur die „perhorrescirte, mechanische Nothwendigkeit“ (Schuppe loc. cit. Seite 97). Das Ich ist der „einzig selbstleuchtende Punkt“ (Schuppe Seite 282 loc. cit.), in ihm, nicht in dem Willen, liegt die Freiheit.

[5]) Meine „Freiheit“ fußt auf Kant, von dem ich aber in vielen anderen Punkten abweiche. Befrembet hat es mich, daß Schuppe auch das „Ding an sich“ (Seite 377, 43) leugnet. Ohne „Freiheit“ und „Ding an sich“ bleibt m. E. nur mechanische Nothwendigkeit und Sinnengläubigkeit für eine Weltanschauung im letzten Grunde übrig!

[6]) Z. B. bei der Lehre von der Strafe. Schuppe straft nicht die That, sondern die Gesinnung (Seite 368 loc. cit.). Die großen Bedenken, welche eine solche stark an Schopenhauer (Schuppe spricht auch von „Facticität der angebornen Anlage“, Seite 92, was an Schopenhauers „constanten Charakter“ streift) erinnernde Theorie bei jedem Juristen erwecken muß, sind durch die Aus-

Digitized by Google

Schuppes Philosophie mag ihre großen Vorzüge für die Ethik haben — hierüber erlaube ich mir als Jurist kein Urtheil — für das Recht kann ich in ihr keine grundlegende Theorie von meiner Ueberzeugung aus anerkennen.

Es wird in diesem System klar erkannt, daß der Wille des Einzelnen für das Recht nicht genügt, daß auch die Macht, die Gewalt, die diesem Willen entgegentritt, kein Recht schaffen kann[1]). Das ist den Machttheorien gegenüber sehr erfreulich!

Ebenso wird richtig erkannt, daß nicht die Majorität[2]) allein das Recht schafft, daß aber auch nicht etwa der Wille Aller[3]) das Recht ist.

Worin findet nun Schuppe das Band des Rechts? Mit Recht nicht im Vertrage, den er ganz entschieden zurückweist[4]).

Er findet das Band des Rechts in einer schwierigen, philosophischen Construction, die einer näheren Erörterung und Widerlegung bedarf.

Schuppe schließt in seinem Werke das Pflichtgebot, das Gute um seiner selbst willen, zu thun, aus. Etwas ist gut, heißt, es gewährt mir Lust und dieses ist = ich will es (Seite 19). Verstände Schuppe unter Lust die Illusionen der Frauenliebe und der Kunst und

führungen Seite 366 kaum widerlegt. Die Bedingung der Zurechnung bleibt das freie Ich! Dieses ist für Schuppe nicht annehmbar, weil er auf der „Nothwendigkeit aus der ursprünglichen Thatsache" fußt. Wir treffen bei ihm keine Philosophie des Unbewußten, sondern des „Bewußten", die aber ganz wie Jene das freie Ich vernichtet. — Daß beim Versuche nicht der „Erfolg" bestraft werde, wird kein Jurist, der weiß welche Rolle der Erfolg im Recht spielt, das eben kein Herzenskundiger ist, zugeben.

[1]) Cf. Seite 281 loc. cit.

[2]) Dann wäre der Staat „eine Verschwörung der Majorität gegen die Minorität und die destruktiven Bestrebungen einer solchen hätten gerade soviel Recht als die sog. Gesetze jener. Auch bliebe es unerklärt, daß und wie und in welchem Sinne schon so viele eine moralische Pflicht anerkannt haben, trotz ihrer total abweichenden persönlichen Ueberzeugung, dem positiven Gesetze zu gehorchen." (Seite 278 loc. cit.)

[3]) „Ich habe weder die Ethik noch den Staat auf das factische Zusammenstimmen aller einzelnen Willen gegründet; das käme schließlich auf die Vertragstheorie hinaus, und niemandem wäre eine Willensänderung untersagt und kein Dissentirender wäre verpflichtet." (Seite 286 loc. cit.)

[4]) Seite 336, loc. cit. Auch der Staat entsteht nach ihm nicht durch Vertrag, Seite 388, was bekanntlich Fichte und indirect wohl auch Kant annimmt. — Freilich nennt Kant den Ursprung der obersten Gewalt für das Volk das unter derselben steht, in praktischer Hinsicht unerforschlich. Ob ein Vertrag vorhergegangen, oder ob die Gewalt vorherging, das sind ihm für das Volk zweckleere und den Staat bedrohende Vernünfteleien (Metaphysik der Sitten, bei von Kirchmann Seite 158). — Wer den sittlichen Geselligkeitstrieb, also weder Vertrag noch Gewalt als Staatengründer annimmt, braucht diese Befürchtungen nicht zu theilen. Kant meint „alle Obrigkeit ist von Gott" sei kein Satz der Geschichte sondern ein praktisches Vernunftprincip, ich meine, daß gerade die Geschichte zeigt, daß alle Menschen den Rechtstrieb haben, den der Glaube auf Gott zurückführen darf!

Digitized by Google

andere Dinge, die v. Hartmann anbetet, so könnte seine Philosophie wie die jenes scharfen Denkers kindlich genannt werden, denn in diesen Dingen vollen Frieden finden zu wollen, ist ein kindlicher, naiver, verzeihlicher Wahn. Allein Schuppe faßt die Lust in einem unendlich höheren Sinne. Mag man aber auch die Lust in dem hohen Sinne Schuppes fassen, ja die „Seligkeit aus dem Anschauen Gottes" (Seite 27) mit dazu zählen — für mich und viele Andere ist die Herbeiziehung von Lust (die ich als reine Lust für unmöglich halte) und Unlust zur Construction der sittlichen Begriffe nicht überzeugend. Das Sittlich-Gute ist und bleibt mir das um seiner selbst willen Gethane! Aber die Ableitung Schuppes erscheint mir auch gefährlich, denn die geforderte Verneinung des Lebens moderner Denker widerspricht mit Gründen (Schopenhauer, v. Hartmann) Schuppes System, der dagegen nur sein rein subjectives Lustgefühl setzen kann. Es gibt in dieser „besten aller Welten" für das Erscheinungsich keine reine und ganze Freude, kein volles Glück, keine endlose deßhalb ganze Lust, aber es gibt hier vollkommenes Leid, vollkommenes Unglück, beschränktes Wissen (Kant!) und einen von Zweifeln umstarrten Tod! Das ist Menschenloos! — — Für die Entwickelung der Menschheit und des Rechts bedarf es der von mir geforderten Philosophie der Freiheit unseres Wesens und des Muthes für die Fortentwickelung. Die Verpflichtung zu diesem Muthe folgt aus dem Dank gegen die Vergangenheit und der Schuld gegen die Zukunft unserer Gattung (Seite 466 ff. meiner Commissivdelicte d. U.).

In der egoistischen Liebe zu sich selbst soll nun nach Schuppe mitgesetzt sein die Lust am Bewußtsein überhaupt in begrifflicher Allgemeinheit (Seite 140). Ich muß zur näheren Begründung dieses Satzes auf Schuppes System selbst verweisen. Der staatbildende Wille geht aus dem Wesen des Bewußtseins hervor, aber das Subject dieses Willens ist nicht das Bewußtsein überhaupt als solches, sondern räumlich-zeitlich konkretes Bewußtseiu, zwar wiederum natürlich nicht jedes einzelne Individuum Hinz und Kunz mit allen seinen wunderlichen Launen und seiner Bornirtheit, sondern der Begriff des Menschenindividuums, also freilich ein Allgemeinbegriff wollenden Bewußtseins mit allem, was aus diesem Begriffe sich ergibt, aber doch der Allgemeinbegriff räumlich-zeitlich konkreten Bewußtseins[1]).

Ich müßte doch sehr irren, wenn die Moral nicht auch im Räumlich-Zeitlichen ihr Ziel verwirklichen wollte![2]) Wir Juristen bedürfen einer schärferen Abgrenzung für das Recht, wenn auch die Grenze selbst ewig-

---

[1]) Seite 319 loc. cit.

[2]) Das „Reich Gottes", wie es der Glaube zu nennen beliebt, ist möglich als das Reich der Menschenliebe. Aber es ist kein ausgleichender Zwangsstall ungeselliger und unstaatlicher Menschen, wie Dühring annimmt.

Digitized by Google

flüssig bleiben sollte. — Trotz dieses fundamentalen Unterschiedes kann ich Schuppe wiederum in zwei Dingen beistimmen:

Obwohl er nicht speciell das Gewohnheitsrecht nennt, nimmt er doch ein Recht vor dem Gesetz des modernen Staates an (Seite 385 loc. cit. f.). Es ist eben wahr, Begriffe „entstehen"; die Entwickelung der Menschheit ist von einem Zustand der Unwissenheit und Rohheit ausgegangen, das Denken begann seine Arbeit, ohne ins Bewußtsein zu treten, und nur ganz allmählich und langsam hat bewußte Ueberlegung und Besinnung sich eingestellt; die überkommenen Begriffe sind älter, als diese (Seite 2 loc. cit.). Dies ist der alte Unterschied von Gefühl und Ueberzeugung, den ich betone und der sich in Gewohnheit und Gesetz so deutlich zeigt!

Endlich läßt Schuppe für den sittlichen Geselligkeitstrieb doch Raum. Er glaubt desselben nicht zu bedürfen, indem er von seiner mitgewollten Bejahung Aller ausgeht. Für mich ist derselbe unentbehrlich und unbestreitbar. Vom Ich zum Ich führt nach Fichte und Kant nur der Vertrag. Derselbe ist nie geschlossen. Die Erfahrung zeigt aber trotzdem überall Rechtsexistenz. Deßhalb muß im Ich noch der genannte Trieb liegen. Dieser Rechtstrieb, wie ich ihn definirt habe, ist aber weit mehr als Schuppes „Trieb, ein gemeinsames Leben zu führen", den er nebenbei erwähnt[1]).

Ohne den sittlichen Geselligkeitstrieb führt keine philosophische Construction zum Rechts- und Staatsbegriffe. Er liegt im Wesen des homo sapiens und ist deßhalb „Fundament des Staats und seines Rechts"[2]). — Auch in der jüngsten Arbeit Schuppes[3]) finde ich nichts den sittlichen Geselligkeitstrieb, den Normengeber und Normengehorcher in jedem Ich, Ersetzendes. „Alles Sollen ist ein Gewolltwerden und der Wille muß Jemandes Wille sein"[4]). Gewiß, denn die Norm darf nicht als Imperativ des Normgebers „in der Luft schweben", sondern in jedem Ich muß das Sollen gesollt und das dem Sollen gehorchende

---

[1]) Seite 217, 208, 280, 281 loc. cit. Den Trieb zum „gemeinschaftlichen Leben" haben auch Thierklassen. Er ist noch kein sittlicher Geselligkeitstrieb.

[2]) Schuppe Seite 388 loc. cit. Daß der dort gebrauchte Vergleich mit der Sprache ganz unzulässig ist, ist jetzt unter Juristen wohl unbestritten.

[3]) „Der Begriff des Rechts". Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut, 10. B., II. Heft, 1883, Seite 348 ff. Der Aufsatz gibt vom philosophischen Standpunkt aus die logische Structur des Begriffs Recht. Werthvoll sind für den Juristen vor allem die Erörterungen über die Dingheit, aus denen sich ergibt, daß wir mit Recht sagen: Ein Recht entsteht und vergeht, denn es ist ein Zeitding. Der Staat ist danach „die aus einem Complex vorhandener Bedingungen auf unbestimmte Zeit hin gesicherte Widerkehr von bestimmten Handlungen innerhalb eines bestimmten Gebietes". Ich möchte aber hier für unbestimmt besser „unbegrenzte und nicht zu begrenzende" sagen. Auch Kant faßt den Staat in diesem Sinne.

[4]) Seite 382 loc. cit. f.

Digitized by Google

Wollen gewollt sein. Aber Schuppes Metaphysik des Bewußten bringt für mich nicht die Lösung der Aufgabe.

3) Die Rechtsphilosophie von Lasson[1]) ruht nicht, wie die von Schuppe, auf eigener Grundlage, sondern ist auf Hegels System und Denk- und Sprachweise gegründet. Trotzdem daß ich mit Hegel nicht übereinstimme und glaube, daß Lassons Klage über den Abfall von Hegel Wenige bekehren wird, ist mir doch die Durcharbeitung seines Werkes im rein juristischen Interesse eine erfreuliche und fruchtbare Arbeit gewesen, denn dasselbe betont den Idealismus im Recht wie im Staate gegenüber den ordinären utilitaristischen Gesichtspunkten und dem denkfaulen Materialismus unserer Tage[2]).

Die Hegelsche Grundlage liegt klar zu Tage bei der Definition des Rechts[3]) und der Strafe[4]), der ich nicht beistimmen kann. Dagegen benutzt Lasson als Philosoph mit Recht die Errungenschaft der historischen Schule[5]), ignorirt aber mit Unrecht den Umstand, daß die Jurisprudenz die Romantik der historischen Schule überwunden hat, an der er noch festhält, denn er sagt wiederholt, daß das Recht „still und unvermerkt", also wie die blaue, nicht auffindbare Blume der Romantik, wachse und werde[6]), während der „Kampf ums Recht" uns das Gegentheil zeigt.

---

[1]) System der Rechtsphilosophie, 1882.

[2]) Cf. die goldenen Worte eines muthigen Mannes Seite VII. und VIII. der Vorrede. In der That „der trivialste Gesichtspunkt hat sich allmählig mit siegender Gewalt die große Mehrzahl unterworfen!" Suchen wir ihn wenigstens in der Wissenschaft, wo er anfängt sich breit zu machen, in sein verdientes Nichts zurückzuweisen! Wir haben in der deutschen Wissenschaft keinen Grund, uns vor materialistischen Phrasen zu fürchten, wir dürfen sie aber auch nicht ignoriren, wie es meistens geschieht, denn die Vertreter dieser Irrthümer verstehen es, die Laien für ihre Lehre zu gewinnen, und die gewaltigen Löcher ihres Systems zu überkleistern. Es thut eine wissenschaftliche Abwehr noth!

[3]) Das äußere Dasein des Rechts ist nach ihm das äußere Dasein der Freiheit, Seite 271.

[4]) Die Strafe ist der Erweis der Nichtigkeit des rechtswidrigen Willens, Seite 527. Cf. hiergegen meine Commissivdelicte d. U. Seite 295 Anm. Mit Recht hebt Lasson auch von seinem Standpunkte aus hervor, daß der Mensch nie blos als Mittel zur Sicherung anderer gebraucht werden dürfe, und citirt dabei die treffende Bemerkung Thons (Seite 529 f. und Thon, Rechtsnorm Seite 21 ff.). Die ebendaselbst citirte, total unrichtige Auffassung von Hertz (Unrecht S. 48 ff.) weist er energisch ab; es ist zu bedauern, daß solche Abweisungen heut nöthig werden. Cf. meine Commissivdelicte d. U. über Hertz Seite 320, wo ich denselben Fehler des betreffenden Autors getadelt habe.

[5]) Cf. Seite 232, 233 und anderwärts. Zu loben ist, daß der Rechtsphilosoph die nationale wie die organische Natur des Rechts gleichvoll anerkennt, Seite 243. Der Trieb liegt im Organismus und wirkt organisch, aber er ist stets national gefärbt. Beides folgt aus dem Wesen des Menschen.

[6]) Cf. Seite 251 und 257. Jede Entstehung eines heutigen Gesetzes lehrt denn doch, daß es mit dem „stillen geräuschlosen Werden" des Rechts nichts ist! Und gerade im Gesetz allein sieht Lasson das Recht.

Digitized by Google

Nach einem Rechtstriebe suchen wir bei dem Schüler Hegels vergeblich, denn ihm muß der „allgemeine Wille" des Meisters genügen.

Für Lasson gibt es nur ein Recht im Staate, erzwingbar durch die Staatsmacht. Seine Theorie ist zum Theil reine Machttheorie[1]).

Obwohl Lasson fordert, daß die Rechtsphilosophie die „Fackel vorantrage" (Seite 416) und eine Hegelsche „Idee des Gerechten" (Seite 37) annimmt, läßt er sich aus rein historischen Gründen (aus der Anschauung der gegenwärtigen Entwickelung) dazu verleiten, nur die eine Rechtsquelle des Gesetzes anzunehmen. Der Rechtsinhalt der Gewohnheit ist für ihn nur die natürliche Quelle, aus welcher der Staat schöpft. „Ihn ergänzt der Staat zum wirklichen Recht". (Seite 418). Nur das Gesetzesrecht hat die volle Rechtsform, die dem Gewohnheitsrecht fehlt[2]). Allein die Norm der Gewohnheit und des Gesetzes enthält das gleiche, wirkliche Recht, und wenn die Gewohnheit der Anerkennung des Staats in der Anwendung bedarf, so bedarf derselben ja ebenso die nackte Rechtsnorm.

Kein Jurist wird die Consequenz dieser Anschauung zugeben, daß das Gewohnheitsrecht nie contra legem, nur praeter legem wirksam sein könne (Seite 648).

4) Um Lasson ganz gerecht zu werden — und das halte ich jedem Autor gegenüber für Ehrenpflicht — muß ich meine Stellung zu seinem großen Meister Hegel kennzeichnen, dem Vertreter des Panlogismus. Adolph Lasson darf mit vollstem Rechte sagen: „Mehrere Jahrzehnte hindurch hat Hegels Lehre auf die Theologie, die Rechtswissenschaft, die historischen, die ästhetischen Anschauungen, ja auf das gesammte deutsche Geistesleben den tiefgehendsten Einfluß geübt; gegenwärtig ist in Deutschland die Zahl derjenigen, die von Hegel noch etwas aus eigner Kenntniß wissen, gering, und sich in des Mannes Sprache und Gedankengang hineinzufinden, scheint nur wenigen der Mühe werth! (System der Rechtsphilosophie, Vorrede.)

Aber auch diese „Wenigen", die dem Gedankengange folgen, erkennen ihn zur größten Anzahl nicht als den richtigen an. Ich will statt Vieler hier nur Rümelin citiren. Dieser nennt Hegels Satz vom Recht einen „gar zu sphynxartig gefaßten Satz."[3]) Derselbe findet sich in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts (Herausgegeben von Dr. Eduard Gans) § 29[4]) und lautet:

---

[1]) Die Machttheorie stimmt schlecht zu dem „friedlichen Wachsen des Rechts". Cf. Seite 198, 205, 283. — Richtig ist, daß die Sittlichkeit keinen Zwang verträgt (Seite 213). Die Rechtsnormen sind erzwingbar, aber nicht alle Normen werden erzwungen.

[2]) Seite 419 loc. cit.

[3]) Rümelin, Reden und Aufsätze, neue Folge, 1881, Seite 328.

[4]) Ich citire nach: „Vollständige Ausgabe durch einen Verein von Freunden des Verewigten." 8. Band. 3. Auflage, 1854, Seite 61.

Digitized by Google

„Dies, daß ein Dasein überhaupt, Dasein des freien Willens ist, ist das Recht, — Es ist somit überhaupt die Freiheit, als Idee."

Zunächst hat Rümelin Recht: Der Satz ist außerhalb des Systems gar nicht verständlich. Wir müssen also ein Stück tiefer in das System hier eindringen, um den Satz wenigstens ein wenig mehr verständlich zu machen

Der Wille ist nach Hegel[1]) eine besondere Art des Denkens, das Denken als sich übersetzend ins Dasein. Die Freiheit ist die Grundbestimmung des Willens. Das Freie ist der Wille. Der natürliche Wille ist durch Triebe 2c. von Natur bestimmt. Aber jedes Selbstbewußtsein weiß sich als Allgemeines. Der Wille ist erst freier Wille, wenn er sich unter der Form der Allgemeinheit selbst bestimmt. Die Allgemeinheit ist Inhalt, Gegenstand und Zweck des Willens. Der wahrhafte Wille ist identisch mit seinem Inhalt, die Freiheit will die Freiheit! Aus der Freiheit aber muß das Recht begriffen werden. Der Boden des Rechts ist der Wille, die Freiheit seine Substanz.[2])

Hieraus folgt obige Definition. Das Rechtssystem ist nach Hegel das Reich der verwirklichten Freiheit, die Welt des Geistes aus ihm selbst hervorgebracht als eine zweite Natur.

Man darf mit Rümelin[3]) sagen: der Satz will nur die Denkmomente bezeichnen, mit welchen das Recht in der Reihe der Entwickelungsstufen der Idee in seine Stelle einrückt; er will und kann keine Definition in unserem, der vulgären Logik entnommenen, die freie Begriffsconstruction ausschließenden Sinne sein.

Nichtsdestoweniger wird Hegels „allgemeiner" Wille immer zur Construction der Rechtsgrundbegriffe noch heute verwendet, allerdings — als Nothbehelf. Thon sagt[4]) „Seit Hegel ist es üblich, das Recht im objectiven Sinne als den allgemeinen Willen zu bestimmen. Und in der That gibt diese Bezeichnung in formaler Beziehung das Wesen desselben in einer Weise wieder, wie sie nicht treffender und kürzer gedacht werden kann"[5]).

Er sagt ferner „Ich lasse übrigens dahin gestellt, ob wirklich der „allgemeine Wille" Hegels als Wille der Gemeinschaft zu denken ist."

Als solcher ist er nun nach Hegels System wohl entschieden nicht zu denken. Er ist und bleibt „die Freiheit, als Idee".

Das Recht an sich, der allgemeine Wille, ist wesentlich bestimmt durch den besonderen Willen[6]). (§ 81 der Philosophie des Rechts, Zusatz). Aber ein Band von Willen zu Willen, wodurch ein allge-

[1]) Cf. Lasson loc. cit. Seite 104.
[2]) Lasson loc. cit. Seite 104.
[3]) Rümelin loc. cit. Seite 329.
[4]) Thon, Rechtsnorm S. 1.
[5]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts III. 3. Aufl. S. 318.
[6]) Seite 123 der citirten Ausgabe.

Digitized by Google

meiner Wille entstände, ist nicht bei Hegel gegeben. Es bleibt blos übrig die echt Hegelsche dialectische Begründung.

Ein solches Band finden wir bei Fichte, der den sittlichen Geselligkeitstrieb nicht in das Wesen des Menschen legen durfte, weil er unter Ich „das versteht, was wahrscheinlich Kant im Auge hatte, wenn er dem empirischen Ich das reine Ich entgegen stellte, welches in allem empirischen Bewußtsein sei, das, welches im Sittengesetz zu uns spricht“[1]). Dieses Ich setzt sich als bestimmt durch das Nicht-Ich, und dieses selbe Ich setzt sich bestimmend das Nicht-Ich. Ersteres ist die theoretische, Letzteres die praktische Vernunft[2]). Wir haben es nur mit der Letzteren zu thun. Es liegt in dem Practischsein des Ichs, Dinge zu statuiren, aber diese Dinge sind für Fichte nicht Dinge an sich, sondern Dinge nur für uns; die Dinge an sich sind nicht für den Sinnenmenschen unerkennbar (Kant), sondern sind, was wir aus ihnen machen wollen[3]). — Billigen muß ich nun bei der ferneren Prüfung der Rechtslehre Fichtes[4]) die Abtrennung von Recht und Moral, nicht billigen kann ich die gänzliche Scheidung Beider[5]).

Von seinem kühnen Idealismus aus, der im Ich Alles fand, konnte Fichte nicht zum modernen Staatsbegriff gelangen. Ihm ist der Staat „nur die Anstalt, welche durch physische Gewalt dem Rechte Sanction verleiht, so daß er also die Voraussetzung ist für die Realität des Rechts, da ohne ihn weder Zwangsrecht noch Eigenthum denkbar ist“[6]). Um den Staat zu gewinnen, fingirt er einen Eigenthums-Schutz- und Vereinigungs-Vertrag, die beiden ersteren schließen die Einzelnen, den letzten schließen Alle mit Allen. Aus diesem Staate, der Rechts- und Zwangsanstalt[7]), construirt Fichte das Recht; da dieser Staat auf einem Vertrage ruht, der nie geschlossen ist, construirt er aus einer Fiction, eine Methode, die ich hier wie im Privatrecht gänzlich verwerfe[8]).

An der Klippe, das Recht oder den Staat auf den „Vertrag“ zu gründen, ist Hegel bekanntlich nicht gescheitert. „Im Vertrage behalten die Uebereinkommenden noch ihren besonderen Willen, der Vertrag ist also aus der Stufe der Willkür noch nicht heraus, und bleibt somit dem Unrechte preisgegeben[9]).

---

[1]) „Grundlage der Gesammten Wissenschaftslehre.“ Cf. Erdmann G. der Phil. B. 2 Seite 420.

[2]) Erdmann loc. cit. Seite 423

[3]) Erdmann loc. cit. Seite 428.

[4]) Erdmann loc. cit. Seite 430.

[5]) Fichte, „Grundlage des Naturrechts“ und „System der Sittenlehre“.

[6]) Erdmann loc. cit. Seite 431.

[7]) Erdmann loc. cit. Seite 432.

[8]) Hierdurch wird nichts am Verdienste Fichtes geschmälert, wenn anders die reine Philosophie eines Verdienstes bedarf. Seine Reden an die deutsche Nation bleiben u. A. lebendig im idealen Patriotismus der deutschen Nation.

[9]) Hegel loc. cit. Seite 122.

Digitized by Google

Demnach steht die Sache so: entweder überzeugt die reine Dialectik Hegels, wie sie die Hegelianer überzeugt, oder sie überzeugt nicht, weil der Leser überhaupt mit dem System dieses eigenartigen, großen Denkers gebrochen hat. Zu letztern Lesern zähle ich mich selbst[1]).

In der Behauptung: daß sich jedes Selbstbewußtsein als Allgemeines wisse, liegt nur die bekannte Verwirklichung des „Vernünftigen" geborgen. Ein sittlicher Geselligkeitstrieb, der, der Wesensnorm folgend, in der Gewohnheit, in dem Gefühl, zuerst das Recht sieht, ist dem nur mit der „Vernunft" construirenden Philosophen völlig fremd. Daraus folgt auch die an anderer Stelle gerügte, gänzliche Verkennung der Gewohnheit im primären Gewohnheitsrecht[2]).

5) Schelling[3]) trat der Idee Fichtes, Alles als Ich zu fassen, mit dem Hinweis auf die Natur entgegen, die nicht blos Product des Ich sei, und setzte eine objective Vernunft. Aus dieser entwickelt sich die Welt durch einen Prozeß der absoluten Potenzen des Realen und Idealen. — Geyer sagt mit Recht: Die Ethik hat eigentlich keinen Raum in seinem monistischen System[4]), und in der That hat ja Schelling der Rechtslehre die Qualität einer praktischen Wissenschaft abgesprochen. — Dagegen danken wir ihm die scharfe Betonung des organischen[5]) Wesens des Staats, setze hinzu: und alles Rechts. Nur sage ich nicht: er keimt, wurzelt, sproßt und blüht, wie eine Pflanze, sondern sage, er entsteht und vergeht als organisches Zeitding, das sich von den organischen Naturkörpern einzig und allein dadurch unterscheidet, daß ihm das unerkennbare Etwas, die Materie, fehlt, und ihm der von uns erkennbare, d. h. im Ich erlebte Wille zu Grunde liegt. — An die Lehren Schellings aus seiner früheren Periode hat sich Dahn in vielen Stücken neuerdings angeschlossen[6]), der an anderer Stelle besprochen worden ist.

---

[1]) Mich machte zuerst sceptisch die Nichtigkeit des Unrechts und dessen Heilung durch die Negation der Strafe. „Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine positive, äußerliche Existenz, die aber in sich nichtig ist. Die Manifestation dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Vernichtung — die Strafe ist Negation der Negation." Hegel loc. cit. Seite 132. Sehr treffend werden die schwachen Seiten des Hegelschen Rechtsbegriffs von Löning hervorgehob en (cf. die Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft B. 3 Heft 2 Seite 368. „Die Geschichte spielte die Rolle eines äußeren Zierraths, eines leeren Beiwerks ohne realen Werth, und dies hat sie der Hegelschen Schule zu verdanken." Cf. auch Seite 370 loc. cit.

[2]) Seite 265, 266, 267 der Grundlinien der Philosophie des Rechts.

[3]) Erster Entwurf eines Systems der Naturphilosophie, 1799, System des transcendentalen Idealismus, 1800, Vorlesungen über akademisches Studium, 1803, und „der sehr gereizte Absagebrief an Fichte": Darlegung des wahren Verhältnisses der Naturphilosophie zur veränderten Fichte'schen Lehre, 1806.

[4]) Rechtsphilosophie Seite 67.

[5]) Gerade die organische Bildung des Rechts wird aber von Geyer verworfen.

[6]) Nicht an den „mystisch gewordenen" sondern an den „Schelling der Identitätsphilosophie", die jetzt unter dem neuen Namen „Monismus" die herrschende (??) geworden ist". Bausteine, vierte Reihe, erste Schicht, 1883, Seite 240.

Digitized by Google

6) Herbart's Ansichten über das Recht finden sich zumeist in der „Analytischen Beleuchtung des Naturrechts und der Moral“ (1836), zu deren Verständniß aber mindestens das „Lehrbuch zur Einleitung in die Philosophie“ (1813) zuzuziehen ist. Die praktische Philosophie mit dem Recht zählt er zur Aesthetik, zur Wissenschaft von dem was ohne Grund, willenlos, als schön gefällt. Er theilt mit Kant nur die Forderung, daß die Begriffe unbedingt gelten sollen, verwirft aber die Construction aus der transcendentalen Freiheit. Zur Aesthetik gehört also nach Herbart die Idee des Rechts und der Billigkeit, die Rechtsgesellschaft hindert den Streit, Unrecht ist Mißfallen am Streit.

Trotz der großen Differenz der Ansichten[1]) theile ich mit Herbart eine Grundwahrheit: Das Recht gilt unbedingt, es sagt was sein soll. Warum wir die Normen schaffen und ihnen gehorchen, — darauf gibt es keine Antwort, das Warum aufzusuchen, wäre eben so thöricht, als zu fragen, warum uns ein harmonischer Accord gefällt. Beim sittlichen Geselligkeitstrieb[2]) muß die Jurisprudenz sich bescheiden, wenn sie das Warum? beantworten will.

7) Alles, was ich für und wider Herbart gesagt habe, gilt für und wider Geyer,[3]) der gezeigt hat, daß sich die Lehren seines Meisters sehr wohl in die juristische Praxis übersetzen lassen. Auch für Geyer ist das Recht gegründet auf die Aesthetik. Der Streit mißfällt[4]). Die unvergoltene That mißfällt, und zwar unbedingt.[5]) Das Recht ist ihm eine durch Uebereinstimmung der Willen entstandene Norm zur Beilegung vorangegangenen und zur Verhütung künftigen Streites.[6]) Der sittliche Geselligkeitstrieb ist bei ihm nicht zu finden, die Staatenbildung streift nach ihm an den Vertrag.[7])

Und doch finde ich bei ihm einen Satz, der meines Erachtens zur Construction des Rechts a priori führen müßte. Geyer sagt: „Du sollst in den Staat treten“ könnte man immerhin mit Kant ein Gesetz a priori nennen.[8])

8) Stahls Ansichten (Philosophie des Rechts) habe ich bei den Ansichten der historischen Schule besprochen und widerlegt. Sie sind

---

[1]) Ich finde Herbarts größtes Verdienst in der Behandlung der Pädagogik. Die Erziehung vermittelt zunächst das ewige Erbrecht der Menschheit!

[2]) Das Recht ist nicht ein ästhetisches Mißfallen. Eine Dissonanz kann ich auflösen, gegen das freie Ich zu reagiren bedarf es einer zustimmenden Stimme in diesem Ich wie im reagirenden Ich. Das folgt freilich aus Kant'schen Begriffen, die Herbart nicht theilt.

[3]) Geschichte und System der Rechtsphilosophie in Grundzügen, 1863.

[4]) loc. cit. Seite 3.

[5]) loc. cit. Seite 123.

[6]) loc. cit. Seite 126.

[7]) loc. cit. Seite 206. Cf. auch Geyer in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 4. Aufl. Seite 86 f.

[8]) loc. cit. Seite 206. In der Verwerfung der Zwangstheorie stimme ich Geyer bei, Seite 113, 133 loc. cit.

Digitized by Google

in der Rechtsphilosophie überwunden. Geyer (Rechtsphilosophie, Seite 99 bis 108), Thilo, (die theologisirende Rechts- und Staatslehre, 1861) und Dahn (Bausteine loc. cit.) haben sie so scharf zurückgewiesen, daß ich auf ihre Werke hier verweisen darf. Ich führe nur noch Rümelins treffende Worte an[1]): „Das Recht aus einer göttlichen Ordnung abzuleiten, heißt ignotum per ignotius erklären. Das alte Testament enthält zwar eine sehr ausgebildete Rechtsordnung; diese betrachten wir aber als in den wesentlichsten Punkten für uns unausführbar und unverbindlich. Das neue Testament bietet, abgesehen von vereinzelten, vieldeutigen Aussprüchen bei zufälligen Anlassen, keine Vorschriften über Staat und Kirche." (Es fordert aber den Gehorsam gegen die „Obrigkeit", weil auch der Rechtstrieb angeboren ist und weil nur im Recht sich christliche Lehren ausbreiten können).

9) Auch in Krauses Panentheismus kann ich kein Fundament für die Rechtswelt finden.[2]) Die Kategorie des Lebens ist die Grundlage für die Ethik, die Ethik ist „das im Leben dargestellte Wesentliche oder das Darleben desjenigen Theils Gottes, der durch den Menschen verwirklicht werden kann."[3]) Weil er in jedem Rechtswillen einen Willen Gottes annimmt, so ist ihm das Böse bloßer Schein, was wir nie zugeben können. Alles Menschenwerk auf Gott zurückführen verleitet entweder dazu, alles Böse — was übrigens uns nur in der Erscheinung beim „Unglück" entgegentritt nnd hier nicht mit dem moralisch Bösen identisch ist, wie Krause annimmt — einem bösen Princip zuzuschreiben, oder es zu negiren.[4]) Das Recht ist für Krause der Organismus der zeitlichfreien Bedingungen des Vernunftlebens; wir billigen bei dieser, die Wesensnormen vergessenden Definition nur die Forderung des Organischen.

Geyer sagt nach einer scharfen Abweisung mit Recht: „Der Begriff des Rechts verschwimmt zuletzt in dem Nebel mystischer Gefühlsschwärmerei."[5])

10) Wohl der bedeutendste Anhänger der Philosophie Krauses ist Ahrens. Der erste Band von dessen Naturrecht[6]) hat eine tief eingehende und sachliche Kritik von Dahn[7]) erfahren. Ich kann in manchen Punkten Dahn nicht zustimmen, ich theile den Theismus[8]) von Ahrens,

[1]) Reden und Aufsätze, N. F., Seite 334.
[2]) „Das Urbild der Menschheit" 1811; „Abriß des Systems der Rechtsphilosophie" 1828.
[3]) Erdmann loc. cit. Seite 574.
[4]) Krause ist folgerecht schärfster Gegner der Vergeltungstheorie, und will nur durch die Strafe erziehen. Auch hierin kann ich ihm nicht folgen.
[5]) Geschichte und System der Rechtsphilosophie, Seite 85.
[6]) 1. Band die Geschichte der Rechtsphilosophie und die allgemeinen Lehren. 6. Aufl. 1870.
[7]) Bausteine loc. cit., Seite 144 bis 216.
[8]) Dahn verneint ihn von seinem Monismus aus.

Digitized by Google

wenn ich auch ihn nur für den Glauben und nicht für das Wissen beanspruche.[1]) Aber darin muß ich Dahn Recht geben, daß Ahrens in der Philosophie die Bedeutung Krauses viel zu sehr überschätzt, — er stellt ihn über Plato und Kant — und das historische Wesen des Rechts verkennt. Die Angriffe auf die historische Schule genügen, um Ahrens' Rechtsbegriff für verfehlt zu erklären[2]). — Besser, als um seinen Rechtsbegriff, steht es um seinen Staatsbegriff[3]). Er erkennt richtig, daß der Staat einen bleibenden Grund in dem Wesen des Menschen haben müsse[4]). „Der Staat ist der Anlage nach in jedem Menschen vorhanden"[5]).

11) Was Lotze betrifft, so erhebt sich aus seiner Philosophie scheinbar ein scharfer Einwand gegen die Auffassung des Organischen. Er fordert für alle organischen Vorgänge eine mechanische Erklärung, allein er läßt die Frage nach der Entstehung des Organismus offen, und sagt nur, in dem einmal bestehenden Organismus gehe Alles mechanisch vor sich[6]). Bekanntlich unterstützt ihn hierin die neuere Medizin. Uns hindert die letzte Thatsache nicht, den Organismus für das Recht zu behaupten, denn wir haben es ja eben mit der Entstehung des Rechts[7]) zu thun, das ewig entsteht.

12) Das normenschaffende Element, die befehlende Natur des Rechts, ist gut wieder gegeben in der längeren Definition von Rümelin (deren Länge die Länge meiner Definition wohl mit entschuldigt); der „Kernpunkt" derselben ist: „die Rechtsordnung hat die Aufgabe, einem Volke denjenigen Theil des Guten zu sichern, der dazu geeignet ist, von einer gesellschaftlichen Gewalt nach allgemeinen Normen verwirklicht zu werden"[8]).

---

[1]) Dahn sagt mit Recht: „Hätte Krause den Beweis erbracht, kein Genius der Menschheit stünde ihm gleich und keine andere als seine Philosophie herrschte noch auf Erden". Bausteine, loc. cit. Seite 174 Anm. 17. Die Ursache im reinen Sein ist für das Wissen unerkennbar und unerforschbar! Die Erscheinungswelt mit ihrem Schleier der Maja verbirgt sie der Erkenntniß der menschlichen Wissenschaft.

[2]) In vielen einzelnen Punkten stimme ich dagegen Ahrens voll und ganz bei. So u. A. in der prächtigen Vertheidigung der Freiheit unseres Ichs, die noch so oft total verkannt wird, (so von Dahn, Bausteine loc. cit. Seite 205). Cf. Naturrecht, zweiter Band, 6. Aufl., 1871, Seite 53 ff.

[3]) Naturrecht, zweiter Band, Seite 270.

[4]) Auch Ahrens citirt für seine Ansicht Aristoteles.

[5]) Naturrecht, 2. Band, Seite 270.

[6]) „Metaphysik" 1841. Cf. Erdmann loc. cit. Seite 842.

[7]) Cf. Mikrokosmus III. Band, achtes Buch, letztes Kapitel.

[8]) Die Definition lautet: „Das Recht ist für eine durch geschichtliche Thatsachen abgegrenzte und verbundene Gruppe der Menschheit eine durch das Institut einer gemeinsamen herrschenden Gewalt befohlene und auszuführende Ordnung des Zusammenlebens, welche den Zweck hat, die Glieder der Gesellschaft in

Digitized by Google

Ich vermisse wie bei Allen hier den Rechtstrieb, der vor dem „Staate" existirt und Recht schafft. Von Rümelin erkennt klar die Normennatur des Rechts, aber er setzt den Imperativen nur die ausführende „herrschende Gewalt" entgegen. Hiermit hängt zusammen, daß er vor dem „Staat" nur einen „Ansatz, eine unvollkommene Vorstufe von Recht" kennt (Seite 345), eine Behauptung, bei welcher ihm kein Jurist zustimmen kann.

13. Dahn sagt mit Recht, daß man sowohl den „Dünkel empirischer Forschung" wie den „Hochmuth apriorischer Systeme" in der gegenwärtigen Rechtsphilosophie vermeidet. Die rein empirische Forschung der historischen Schule ist überwunden, und a priori construiren Wenige das positive Recht mehr.

Die Aufgabe der folgenden Erörterungen ist nicht eine Geschichte der neueren Rechtsphilosophie zu geben, sondern sich mit den Autoren der Gegenwart auseinander zu setzen, deren Theorie der meinen entgegen zu stehen scheint.

Dahn, dem ich in der Verwerthung der speculativ-historischen Methode beistimme, weicht durch sein Construiren aus der „Vernunft" von mir ab[1]). Um bei der Besprechung des Rechtsphilosophen Dahn nichts zu wiederholen, was ich bei der Besprechnng des Juristen Dahn hervorgehoben habe, beschränke ich mich auf die Kritik des rein philosophischen Aufsatzes über „die Hauptprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie."[2]) Hier tritt der Grund der Vernunftstheorie Dahns hervor, die Annahme eines immanenten Princips unter Verwerfung einer Ursache im reinen Sein,[3]) die für mich eine Forderung des Glaubens ist.[4]) Nesciendo Deus scitur![5])

14. Einer ganz eigenthümlichen Auffassung des Rechts und seiner

---

der Erlangung der sittlich zulässigen, durch den menschlichen Gattungscharakter geforderten Güter des individuellen und genossenschaftlichen Lebens, soweit es durch allgemeine, für das Gleiche gleiche Regeln von befehlendem Charakter geschehen kann, und soweit die Kräfte der Einzelnen hierfür der Verstärkung durch Zusammenwirken bedürfen, zu schützen und zu fördern." loc. cit. Seite 349.

[1]) Selbst die Moral führt er auf die Vernunft zurück (Bausteine loc. cit. Seite 36) was ich nie zugeben werde. Die Ansicht, daß das Recht im äußeren, die Moral im innern Theil der innern Welt walte, theile ich. Man kann die Theile als Willenswelt — Wunschwelt — Gedankenwelt bezeichnen.

[2]) Baustein loc. cit. Seite 23 ff.

[3]) loc. cit. Seite 30.

[4]) Der Schluß „Recht und Stat abhängig von der Moral, die Moral von der Religion, die Religion von der Kirche — also Recht und Stat von der Kirche!" (Seite 33 loc. cit.) läßt sich aus meiner Theorie nicht ziehen, ich vertrete nichts weniger als die Priesterherrschaft, und verwahre mich gegen allen „Rauch, umnebelnd Himmelsgluth."

[5]) Die Beweise für das Dasein Gottes haben keine Beweiskraft, wenn auch Werth (Trendelenburg.)

Digitized by Google

Quellen begegnen wir bei Paul Müller (die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts zur Grundlegung für die realistische Begründung des Rechts entwickelt, 1877). Ihm ist die Quelle für die Begründung des Rechts nicht die Philosophie, sondern das Leben. Dies geben wir zu; die Philosophie ist nicht das Leben, aber sie allein versteht das Leben, weil dieses erst mit unserem Ich zu dem wird, als was es uns erscheint. Das gibt Müller nicht zu. Er findet reale Verhältnisse, die in Wirklichkeit sind, d. h. unabhängig von unserem Anschauen, Vorstellen und Denken existiren.[1]) Diese Dinge sind ihm Wirklichkeit.[2]) Die realen Verhältnisse sind für ihn Urquelle des Rechts.[3]) Er hofft für den Juristen Alles von der Natur der Sache.[4]) Damit steht er unserer Auffassung diametral entgegen. Die Verwerthung der realen Natur der Sache könnte dann sofort als irrig hervortreten, wenn Müller, wie er verspricht, in praktischen Monographieen sein System prüft. Bis dahin kann ich mich zu ihm nur verneinend verhalten[5]). In ein philosophisches System ist der der Speculation abholde Autor nicht einzureihen. Wie er den vulgären Materialismus mit Recht verwirft[6]), so mißtraut er doch jedem speculativen Erkennen auf der andern Seite[7]), und sucht einen empirischen Ausweg, den er aber im Recht nicht finden kann, weil hier die Materie nicht die Bedeutung hat, welche ihr in der empirischen Naturwissenschaft zukommt. Die Dinge außer uns werden im Rechte einzig und allein durch unser Ich zu dem, was sie scheinen zu sein.

Das Recht ist nach Müller zu trennen von dem geltenden Recht[8]). Es gibt aber nur ein in Gesetz und Gewohnheit geltendes Recht, es gibt kein Normalrecht!

Gewohnheitsrecht und Gesetz werden von ihm in ihrer historischen Entwickelung gut und richtig erkannt[9]). Nur irrt er wieder darin, daß er den tieferen Grund Beider in der Uebereinstimmung mit dem realen Rechten findet[10]), das vor der Gewohnheit existiren soll[11]).

Das Urtheilsrecht, welches der Verfasser neben Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht annimmt, ist kein objectives Recht[12]). Der Richter hat

---

[1]) loc. cit. Seite 79.
[2]) loc. cit. Seite 80.
[3]) loc. cit. Seite 221.
[4]) loc. cit. Seite 233.
[5]) Hiermit entscheide ich meine Stellung, welche der Verfasser von den Autoren wünscht, Seite IV. loc. cit.
[6]) loc. cit. Seite 245 Anm. 1.
[7]) loc. cit. Seite 35 ff.
[8]) loc. cit. Seite 204.
[9]) loc. cit. Seite 426 ff.
[10]) loc. cit. Seite 428.
[11]) loc. cit. Seite 429.
[12]) Seite 433 loc. cit.

Digitized by Google

Recht zu finden, nicht zu bilden (außer in der Gewohnheit); er hat nach dem Rechte zu entscheiden, nicht aber Normen zu befehlen.

Ich erkenne die frische Darstellung und den muthigen, empirischen Versuch des Verfassers voll an. Nur eines möchte ich betonen: Müller will den historischen Theil später darstellen[1]). Vielleicht hätte er manche gewagte Behauptung nicht ausgesprochen, wenn er nicht einsam seinen Weg gegangen wäre, sondern stets im historischen Zusammenhange mit der Forschung der Gegenwart sein Werk verfaßt hätte[2]).

15) Indem ich zu einem der wenigen vulgären Materialisten übergehe, zu Ludwig Knapp[3]), gestehe ich zu, daß ich anfänglich in Versuchung gerieth, seine materialistischen Irrthümer auf Kantscher Grundlage in der Weise zu widerlegen, wie ich es früher gegen Schopenhauer gethan habe. In der zuversichtlichen Behauptung unwahrer Thatsachen[4]), in der unerhörten Grobheit[5]), in dem Haß gegen die höchsten Güter des menschlichen Gemüths[6]), ähnelt Knapp entschieden dem Frankfurter Einsiedler. Ihn zu übergehen, — daran habe ich nie gedacht[7]). Wenn ihn auch Philosophen selten nennen (Erdmann nennt ihn nicht), hat der Jurist volle Veranlassung[8]), seine Lehre zu beachten, denn sie enthalten manches Wahre[9]), allerdings neben weit mehr Irrthümern[10]).

---

[1]) loc. cit. Vorwort.

[2]) Auch wäre es nöthig gewesen, wenigstens einzelne Prüfungen der „Natur der Sache" vorzunehmen am geltenden Rechte. Nur an diesem kann sich eine Theorie bewähren. Die Annahme eines Normalrechts ließ Müller diese Nothwendigkeit wohl verkennen.

[3]) System der Rechtsphilosophie, 1857.

[4]) Cf. Seite 25, Seite 156 (mit dem Organismus des Rechts hat es keine Naturwissenschaft zu thun; das Recht ist ein Zeitding!) Die tollste Zumuthung an den Glauben enthält der Satz: „Der Organismus ist unbekannter Chemismus, also doppelt unbekannter Mechanismus". Also Nichtwissen ist = Wissen!

[5]) Vor allem gegen die Rechtswissenschaft, die gegen die Mathematik „ärmlich wie ein Fuchsbau" aussehen soll, Seite 231. Nun, ich meine, es ist für das Gattungsleben wichtiger, ein gutes Recht zu haben, als die „Verfinsterungsdauer der Jupiterstrabanten" (Seite 231) zu kennen!

[6]) Der Autor ist von einem wahren Groll gegen die Religion beseelt! —

[7]) V. Liszt freilich hat mich in der Kritik einfach übergangen, weil ihm meine Methaphysik nicht zusagte.

[8]) Dies betont auch Zitelmann in „Irrthum und Rechtsgeschäft".

[9]) Hierzu zähle ich den Ausdruck „muskelerregendes Denken", der den Willen gut vom Wunsche trennt (Seite 143), und sehr gut das Wesen der Unterlassung erklärt („Die kraft bewußter Vorstellungen geschehende Nicht-Erregung der Muskeln", Seite 124); ferner die Trennung, aber nicht Scheidung von Recht und Moral; die Betrachtung der Fahrlässigkeit, aus der erhellt, daß sie ein Willensfehler ist, weil „das Denken ununterbrochen sprüht" (Seite 196) 2c.

[10]) Hierzu zähle ich die Leugnung des freien Ichs des Menschen, die aus dem mechanischen Monismus folgt, der immer in Angst ist, daß hieraus die Folgerung des Theismus oder des Pantheismus gezogen werden könne, von denen er in seiner völligen Gottlosigkeit nichts halten mag (Seite 36); ferner die „Abthuung des Individualismus" (Seite 185); die Verwerfung des organischen

Digitized by Google

Nach Knapp ist das Recht: Die gewaltsame Unterwerfung des Menschen unter das vorgestellte Gattungsinteresse[1]). Wenn er es auch nicht ausspricht, so liegt seinem System doch ein sittlicher Geselligkeitstrieb nahe, der allerdings einerseits sich noch mit dem „stagyritischen Ausdruck ζωον πολιτικον"[2]) deckt, doch aber auch das fortentwickelnde Moment daneben schon betont, denn Knapp sagt, daß die Sittlichkeit „nicht ausschließlich das Interesse der gerade jetzt und so und so Lebenden gegen einander, sondern daß sie die Wohlfahrt der Gattung überhaupt und so auch die Künftigen vertritt"[3]). Das Unrecht ist ihm die Handlung, wodurch Jemand, dem vorgestellten Gattungsinteresse entgegen, eines anderen Willen zwingt[4]). — Daß der Zwang nicht das Recht charakterisirt — denn keine Norm ist erzwingbar, weil das Nichtbefolgthaben nie ungeschehen gemacht werden kann — daß also insofern Knapps Ansicht ganz haltlos ist, brauche ich nicht mehr hervorzuheben. Knapp kennt nicht die Einheit vom Normengeben und Normengehorchen im Rechtstriebe.

Die letzte Entstehung des Rechts ist ihm eine unbewußte, er hat das lange vor v. Hartmann offen ausgesprochen[5]). Freilich kennt er keine Metaphysik des Unbewußten, wie der moderne Denker, denn was sich nicht mechanisch erklären läßt, existirt für ihn nicht. Ueber Rechtsquellen fehlt bei ihm eine eingehende Erörterung. Die Gewohnheit ist ihm „wissenschaftlich nur die sich verewigende Ursache" (?)[6]). Daß er für die Gegenwart das Gesetz vorzieht, erhellt aus seiner Vorliebe für die Wortbestimmtheit der Jurisprudenz[7]), welche der Gewohnheit fehlt.

Ich habe oben gesagt, daß Knapp nicht die Einheit von Normengeber und Normengehorcher im Rechtstrieb kenne. Er geht aber auf der anderen Seite weiter als ich, denn er sagt: Die Freiheit ist

---

Rechts 2c. Dem begeisterten Materialisten sind die „glatten, blassen, weichen, aus structurlosen Fasern zusammengesetzten und die das Herz bildenden Muskeln des vegetativen Systems, indem sie vorherrschend den Affecten dienen, die Moral, und die quergestreiften, rothen, in Primitivbündel gefaserten Muskeln des animalen Systems, indem sie nur Handlungen vermitteln, das Recht (156). Er verwechselt den sichtbaren Diener mit dem unsichtbaren Herrn, weil er an die Sinne glaubt. Mit dem Sinnenglauben kann man nicht streiten!

[1]) loc. cit. Seite 193.

[2]) Seite 134.

[3]) Seite 159.

[4]) Seite 165.

[5]) loc. cit. Seite 144 § 96.

[6]) loc. cit. Seite 129. Mit dem Begriffe der Verursachung der Gewohnheit bin ich einverstanden, denn das freie Ich, welches den Reiz zum Motiv und zum Willen stärkt, verursacht auch hier ganz frei und ohne strickten Zwang. An andrer Stelle leugnet Knapp daß die „ursächliche Reihe, aus der das Handeln folgt, im Bewußtsein beginne" (Seite 69), denn er nimmt, wie Schopenhauer, eine durch das Ich hindurchgehende Causalität an.

[7]) loc. cit. Seite 225.

Digitized by Google

die Einheit des Denkens und des Rechtszwangs[1]). Nach ihm giebt es keine intelligible Freiheit, das Individuum — das er freilich läugnet (er müßte „Associationsgewebe“ sagen Seite 51) — geht in der Rechtsordnung auf und — unter. —

Das historische Wesen alles Rechts wird gut hervorgehoben[2]). Die Gerechtigkeit wird mit Recht als Rechtsquelle (a. M. ist Schloßmann) verworfen[3]).

Scharf zu tadeln ist die Nichtbeachtung anderer Autoren[4]) und die gänzliche Nichtbeachtung der Willensnormen des positiven Rechts[5]) bei einem Autor, der gegen das phantastische Naturrecht eifert.

Was den philosophischen Standpunkt betrifft, so vermag ich auch nicht eine Idee mit ihm zu theilen, so gern ich medicinische und juristische Wahrheiten des erregten Buchs, in dem die wissenschaftliche Ruhe fehlt, anerkenne. Die Speculation ist dem Autor „phantastisches Denken“, er erkennt nur das sinnliche Denken an, ohne zu bedenken, daß wir auch hier nur die „Erscheinung“ und nicht das Ding „an sich“[6]) wahrnehmen können.

16) Dührings Ansicht, der allein heut den modernen[7]) Materialismus vertritt, ist durch meine Angriffe in den Commissivdelicten durch Unterlassung[8]) mitwiderlegt, ich kann das weitere Eingehen mir ersparen. Der Begriff des Organischen ist ihm ganz unbekannt[9]). Das Fundament des Rechts ist ihm das natürliche Ressentiment, die Rache. Das Civilrecht ruht auf Gegenseitigkeit. Den Staatsbegriff will er nicht, er will Atomistik auch in der Rechtswelt. Und für diese „Gesellschaft“

---

[1]) loc. cit. Seite 198.

[2]) loc. cit. Seite 211. Deßhalb kann es aber ein nur „gedachtes“ Recht und ein unpositives Recht gar nicht geben! A. M. Knapp Seite 202 f. loc. cit.

[3]) loc. cit. Seite 208. Auch hier ist Knapp ein Vorgänger von Hartmanns. Die „Gleichheit, muthig und unbestechlich im Urtheilsspruch“ und „aufopfernd und wagend hergestellt im Gesetz“ ist ihm die Gerechtigkeit. Nach v. Hartmann ist sie negativ die Entscheidung des Richters ohne Ansehen der Person, positiv das Ziehen der logischen Consequenzen aus der allgemeinen Rechtsordnung; Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins, Seite 516.

[4]) Die kurze Verdammung der aprioristischen Systeme am Eingang ist ganz oberflächlich begründet. Von Naturwissenschaft wird viel gesprochen, es werden aber eigentlich nur medicinische Nervenbewegungen angeführt, die Niemand leugnet, die aber die Vorgänge im Ich nicht erklären.

[5]) Nur die l. 25 § 1, D. 22,3 wird verspottet, mit Unrecht, denn der gemeine Soldat und der Feldarbeiter war in Rom in Bezug auf das Recht „simplicitate gaudens“. Seite 225 loc. cit. Andere Stellen werden nicht erwähnt.

[6]) Knapp scheint den Kantschen Gedanken zu verkennen, er spricht von einem Recht „an sich“ (Seite 245), das es nie geben kann.

[7]) Nicht den Materialismus Langes!

[8]) loc. cit. Seite 194 bis 201.

[9]) Im Gegensatz zu Lotze glaubt er, daß die Mechanik einst den Uebergang aus der Statik in die Dynamik erklären könne.

Digitized by Google

will er einen Vertrag, der zur gegenseitigen Hülfsleistung gegen Verletzungen verbindet, er reißt also ein[1]) und will das aufbauen, was nie bestanden hat und nie bestehen wird, das politische Chaos[2]).

17) Auf Schopenhauer gehe ich in dieser Abhandlung nicht abermals ein. Ich habe mich mit seinen Irrlehren in meinen „Commissivdelicten durch Unterlassung“ auf das Weitläufigste auseinander gesetzte, ja ich habe dort bei der Lehre der Verursachung, der Freiheit unseres, Wesens, der Strafe ꝛc. von allen Nachfolgern Kants nur ihn berücksichtigt, weil ich eine abgesonderte Widerlegung dem gewaltigen, alles Recht zerstörenden, an dem ganzen Sein total verbitterten Denker schuldig zu sein glaubte. Wir müssen uns m. E. in unserer Wissenschaft gründlich mit einem Manne abfinden, dem Laien und Juristen (Herz, Haupt ꝛc.) folgen, als wäre er ein moderner Prophet, der allein die Wahrheit erkannt hätte.

18) Einer der eifrigsten Gegner der Ethik Schopenhauers ist von Hartmann[3]). Ich kann ihm in der Verurtheilung nur beistimmen. Obwohl ich in den Grundanschauungen total von Hartmann abweiche[4]), finde ich in seiner Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins Vieles, worin ich ihm als Jurist beistimmen kann[5]).

Von Hartmann erkennt, daß alles Recht historisch und positiv ist[6]). Er verwirft mit Recht die Construction eines Naturrechts[7]). „Keines der von der Philosophie behandelten Gebiete ist in gleichem Maße an eine Anzahl positiver Daten geknüpft und verlangt bei Vorschlägen zur Umgestaltung und Fortentwickelung eine so minutiöse Berücksichtigung der detaillirtesten Verhältnisse, wie das Recht; bei keinem ist deßhalb ein schablonenhaftes Construiren ohne Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der empirischen Daten weniger angebracht als im Recht. — Eine frucht-

[1]) Dühring zählt im Uebrigen zu denen, die das „Nicht wissen“ mit dem „Wissen, daß nicht“ verwechseln. Cf. meine Commissivdel. d. U. Seite 468.

[2]) „Cursus der Philosophie“ 1875, „Kritische Geschichte der allgemeinen Principien der Mechanik“, 1873. Ganz im Gegensatz zu Dühring verwirft der ebenso strenge Materialist Knapp von seinem System aus den Communismus und Socialismus gänzlich. „Diese Gesellschaftssysteme gehören nicht dem freien, sondern dem unfreien Geiste an“ (System der Rechtsphilosophie, Seite 8).

[3]) Cf. Phänomenologie Seite 506 ff. und vor Allem Seite 533. An dieser Stelle wird auch das ästhetische Mißfallen am Streit als Urquelle des Rechts sehr scharf verworfen.

[4]) Diese Abweichungen werde ich am Schlusse hervorheben. — Ueber Schopenhauers Ethik cf. meine Commissivdelicte durch Unterlassung Seite 105, 140, 141, 142, 149, 159, 163, 164, 165, 173, 201 bis 217, 218, 223, 316 bis 318, 319, 321, 335, 348, 349, 374, 406, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 459, 464, 466, 473.

[5]) Die „Phänomenologie“ ist von Juristen noch wenig beachtet worden.

[6]) loc. cit. Seite 503.

[7]) loc. cit. Seite 505.

Digitized by Google

bringende Rechtsphilosophie vermag ich mir nur als eine im philosophischen Geiste gehaltene kritische Rechtsgeschichte vorzustellen"[1]). Das ist dieselbe Forderung, die ich unter dem Namen der speculativ-historischen Methode an die Behandlung meines Themas stelle.

Das Recht leitet er mit Recht von dem Ordnungssinne ab[2]). Dieser reicht aber nicht aus[3]). Der contrat social ist eine Fiction[4]). Das Unbewußte bildet das Recht. Lassen wir zunächst die völlig verwerfliche Metaphysik des Unbewußten bei Seite, soviel ist richtig, daß die Sitte für das Recht nicht genügt, sondern die Satzung da sein muß[5]). Unrichtig ist aber, daß die Satzung den Staat voraussetzt, das Recht nur im Staate möglich ist[6]). Unrichtig ist auch die Verkennung der Bedeutung des Gewohnheitsrechts[7]), und die Behauptung, daß der Richter subjectiv Recht schaffen könne[8]). — Mit Recht sagt aber von Hartmann „mit voller Hingebung kann der Einzelne sich der gegebenen Ordnung nur in der stillschweigenden Voraussetzung unterordnen, daß dasselbe Bedürfniß auch in den Uebrigen herrscht"[9]). Aber der Einzelne reflectirt darüber gar nicht, er fühlt daß er den sittlichen Geselligkeitstrieb hat. Auf diesem ruht Hartmanns Rechtssinn[10]), und das, was er Gerechtigkeit nennt[11]), die ihm ein Prädicat richterlicher Functionen im weitesten Sinne ist. Aber die rechtlose und die gerechte Gesinnung entspringen nicht aus dem Rechtssinn, sondern dem sittlichen Geselligkeitstriebe, der Normen gibt und den Normen gehorcht. Der Normengeber im Triebe heißt die Gesetzgebung gerechtes Gesetz oder gerechte Gewohnheit geben, der Normengehorcher bindet den Nichtjuristen (rechtliche Gesinnung) wie den Juristen (gerechte Gesinnung). Demnach ist nach meiner Theorie „die organische Ergänzung zu einer einheitlichen Totalität" eine vollkommenere als bei von Hartmann. — Darin kann ich wiederum von Hartmann ganz beistimmen, daß die Erzwingbarkeit nicht das Recht von der Sittlichkeit deßhalb trennt, weil alles Recht erzwingbar sei.

Ich gehe weiter wie von Hartmann, und sage: Kein Recht ist erzwingbar! Das Unrecht bleibt irreparabel, denn der Schade ist nie zu ersetzen, daß etwas nicht zur rechten Zeit geschah, weil die Zeit

[1]) loc. cit. Seite 506.
[2]) loc. cit. Seite 485.
[3]) loc. cit. Seite 489.
[4]) loc. cit. Seite 490.
[5]) loc. cit. Seite 497.
[6]) loc. cit. Seite 498.
[7]) loc. cit. Seite 514.
[8]) loc. cit. Seite 516.
[9]) loc. cit. Seite 490.
[10]) loc. cit. Seite 503.
[11]) loc. cit. Seite 518.
[12]) loc. cit. Seite 513.

Digitized by Google

irreparabel ist. Will man aber auch nicht so weit gehen, so gibt es doch zwanglose Normen, hinter denen kein Imperativ steht und die doch Recht sind. Der Philosoph v. Hartmann hat das schärfer erkannt als manche Juristen.[1]) Er betont, wie ich, daß das Normengehorchen die Hauptsache sei, und nicht die etwaige Folge des Normenungehorsams[2]) Ebenso erkennt er, daß Macht mit Recht gehen muß, daß aber nicht Macht vor Recht gehen kann.[3])

Ganz irrig ist es, daß es keine Grenzbestimmung a priori für das Gebiet der Rechtsordnung und freien Sittlichkeit geben solle.[4]) Von Hartmann kennt nicht die dritte Wesensnorm, sonst müßte er eben in Gesetz und Gewohnheit diese Grenze sehen und die Begründung des Rechts a priori begreifen. Auch wenn die Sittlichkeit im Rechte im weiteren Sinne Recht wird, gilt sie als solches doch nur in Form des Staatsgesetzes, und ist von der freien Sittlichkeit ewig getrennt.

Von Hartmann verwerthet auch den Zweckgedanken im Recht: „jeder Vernunftmoral liegt das Moralprincip des Zweckes bewußt oder unbewußt zu Grunde"[5]). Er faßt ihn als „ideales Ziel," das durch stetig zunehmende Ueberwindung des Unzweckmäßigen durch das Zweckmäßige erreicht werden soll.[6]) Ich theile diese Ansicht nicht, weil ich mit Kant eine Relativität aller Zwecke annehme. Unter dieser Verwahrung stimme ich v. Hartmann darin bei, daß uns alle bewußten Zwecke nur dann als sittliche erscheinen, wenn sie als nothwendige Mittel zu Zwecken höherer Ordnung verstanden werden[7]). Um dies zu erreichen, muß man aber mit Kant zunächst das Individuum als Selbstzweck[8]) setzen, was freilich die Freiheit des Wesens voraussetzt, die v. Hartmann leugnet[9]).

Fragen wir aber nach dem letzten Zweck, so stehen wir vor den Phantasieen von Hartmanns, die ich, wie Liszt ganz richtig sagt, „auf Tod und Leben" früher schon bekämpft habe. Als treuer Anhänger des Pessimisten Schopenhauer tritt plötzlich von Hartmann hervor. Die Sittlichkeit und das Recht ist die Mitarbeit an der Abkürzung des Leidens- und Erlösungswegs[10]) des fleischgewordenen Gottes, d. h. des

[1]) loc. cit. Seite 501.
[2]) loc. cit. Seite 500.
[3]) loc. cit. Seite 502.
[4]) loc. cit. Seite 499.
[5]) loc. cit. Seite 547.
[6]) loc. cit. Seite 548.
[7]) loc. cit. Seite 553.
[8]) loc. cit. Seite 553.
[9]) loc. cit. Seite 555 macht v. Hartmann Einwendungen, die einen Kantianer weng tangiren können, denn alle die genannten Leiden des Individuums treffen nur seine Erscheinung, nicht aber sein freies Wesen an sich.
[10]) Seite 871 loc. cit.

Digitized by Google

Menschen. Es werden die Kantschen Grenzen menschlicher Erkenntniß total vergessen, es wird das „Nichtwissen“ = dem „Wissen daß nicht“ gesetzt, die Freiheit des Wesens mit ihren Consequenzen wird kühn verneint, und der Philosoph gibt Träume für Wissen aus, die wir nie mitträumen werden, weil die Freiheit unseres Wesens uns verantwortlich dafür macht, die Schuld im ewigen Erbrecht für Sprache, Begriffe, Recht, Moral ꝛc. abzuzahlen durch Weiterwirken, weil wir den Muth besitzen zur Fortentwickelung. Wer freilich zu wissen meint, daß keine Ursache im reinen Sein liege, wer zu wissen meint, daß kein immanentes, bewußtes, mit der Ursache einiges Princip die Welt lenke, wer zu wissen meint, daß das Ziel der Welt eine Erlösung durch Massenselbstmord sei, wer den Weltzweck für erkennbar hält, wer die Ueberzeugung von seinem Ich total verloren hat und es dem Unbewußten opfert, von dem muß ich annehmen, daß er in der Wissenschaft glauben will, weil ihn dieser Glaube beglückt, und mit dem werde ich deßhalb nicht wissenschaftlich streiten. —

19) Trendelenburg verwerthet die Ergebnisse der historischen Schule[1]). Er faßt dann das Recht ethisch, und das Ethische organisch[2]). Auch meine Definition nimmt die Ethik als Grundlage des Rechts an, und ich theile die Auffassung des organischen Wesens des Rechts. Aber ich trenne das Recht von der Ethik trotz der Einheit durch eine Grenzlinie[3]). Und hiermit trenne ich mich von Trendelenburg in unabsehbare Weite[4]). — Nach Trendelenburg ist das Recht: der Inbegriff derjenigen allgemeinen Bestimmungen des Handelns, durch welche es geschieht, daß das sittliche Ganze und seine Gliederung sich erhalten und weiter bilden kann[5]). Meine Einwendungen sind nicht die von Andern erhobenen. Die Anerkennung und der Zwang[6]) gehören nicht zum Wesen des Rechts und konnten weggelassen werden, da indeß der „Zwang“ die regelmäßige „Folge“ ist, habe ich diese in die Definition aufgenommen. Aber ich mache als Jurist gegen den Philosophen einen Fehler geltend, der

---

[1]) Cf. die „erste und einzige Fortführung ins Reale“, die den „logischen Untersuchungen“ gefolgt ist, das Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 1878, 2. Aufl. Seite 9 § 7, Seite 44, insbesondere Seite 102 und 103.

[2]) Seite 5, Seite 43, Seite 46, loc. cit.

[3]) Cf. meine Commissivdelicte durch Unterlassung, insbesondere die Zeichnung Seite 180.

[4]) Trendelenburg sagt: „So muß denn die Scheidung des Legalen uud Moralischen, des Geselligen und Sittlichen, welche zu äußerlicher Gesetzespünktlichkeit (die wir im Leben aber brauchen!) der Pharisäer (Warum?) führt, aufgegeben werden.“ loc. cit. Seite 21. Ich dagegen vertrete die „Selbständigkeit des Juristischen“, ohne daß mich der harte Vorwurf eines Pharisäers schrecken könnte. — Das Lob Trendelenburgs zu erhöhen ist nicht Sache des Anfängers. Erdmann sagt mit Recht: er wird mehr als Einer den Namen eines historischen Philosophen führen müssen (Seite 823 loc. cit.).

[5]) Naturrecht Seite 83.

[6]) loc. cit. Seite 87.

Digitized by Google

entschieden ein Fehler seiner Definition ist. Nur die Norm in Gewohnheit und Gesetz ist Recht; das folgt aus der dritten Wesensnorm, aus der Erfahrung, aus der Selbstbeobachtung. Alles andere, was sonst die Gattung erhält und weiterbildet[1]), ist nicht Recht[2]). Deßhalb muß diese Grenze in der Definition gezogen werden. Dann aber ist auch sofort die Moral vom Rechte begrifflich getrennt. —

Auch über das Wesen der Quellen des Rechts habe ich abweichende Ansichten. Zunächst gestehe ich Trendelenburg nicht zu, daß die Idee des Rechts in der historischen Rechtsbildung als ein still wirkender Trieb erscheint, unbewußt im Gewohnheitsrecht, bewußter in der Gesetzgebung.[3]) Denn das Recht wird anfangs nur im Kampfe[4]), später schaffen wir es im Schweiße unseres Angesichts[5]).

Ferner bedarf auch die Gewohnheit der Macht des Staats. Sie muß angewandt werden. Trendelenburg sagt sie trüge die Anerkennung in sich.[6]) Das ist richtig, aber die Anerkennung besser Uebung des Gerichts in der Anwendung ist eine Macht, die zu der Macht der Gewohnheit noch hinzukommt. Ueber das Verhältniß beider Quellen[7]) spricht sich Trendelenburg leider nicht näher[8]) aus[9]).

Trendelenburg durfte über sein Naturrecht das stolze Wort setzen: „Denn es nähren sich alle menschlichen Gesetze von dem Einen göttlichen" (Heraklit). Ich sehe im Gesetz der Menschen nichts rein Gött-

[1]) loc. cit. Seite 91.
[2]) Culturgesetze, Kunstgesetze, Naturgesetze, Moral 2c. 2c. 2c.
[3]) Naturrecht Seite 100.
[4]) Man versuche es doch einmal eine neue Rechtswahrheit „still wirken" zu lassen! Meine „positiven Institute" — was haben sie erwirkt? Mißverständnisse, absprechende Urtheile, Angriffe! Auch das wissenschaftlich erfaßte Recht bedarf des Ringens. Wir leben in keinem Paradies, wo die Natur still wirkt und alles zuwachsen läßt.
[5]) Und nicht auf „fröhlichen Wanderungen" ohne das „Rüstzeug positiven Wissens." Cf. die Kritik in der Zeitschrift für das gesammte Strafrecht, B. 3, Heft 3. Mir wenigstens ist diese Gabe, wie Liszt meint, durchaus nicht beschieden.
[6]) loc. cit. Seite 118.
[7]) Die Verwendung der „Natur der Sache" ist bedenklich, Cf. Seite 85, und Seite 100 (die ursprüngliche Rechtsbildung soll aus dem gemeinsamen Gefühl der inneren Zwecke entstehn, welche in der einfachen Natur der Verhältnisse liegen).
[8]) Seite 101 scheint dem partikulären Gewohnheitsrecht das Wort gesprochen zu werden.
[9]) Darin, daß das Ziel der Rechtswelt im letzten Grunde Mittel zum Zwecke des Ethos ist, stimme ich Trendelenburg bei, aber das Recht erreicht nicht erst sein Ziel, wenn es Sitte ist, sondern ist in Gewohnheit und Gesetz zu jeder Zeit vollkommenes Recht, mag auch die Rechtswelt sittlich unvollkommen sein. Cf. auf Dahn Bausteine loc. cit. Seite 20, der aber das Ziel der Rechtswelt in meinem Sinn zu negiren scheint. (Die Abstraction der Menschheit ohne Nationen theile ich nicht. Seite 22 loc. cit.).

Digitized by Google

liches[1]) sondern zunächst nur Menschenwerk[2]) und schließe mit dem resignirenden Worte: Te sequar veritas! — tua semper vestigia premam (Grolmanns Motto). — Ich füge nur noch den Wunsch bei, mein Buch „ernst zu nehmen". Ich habe versucht und das von Anfang meiner schriftstellerischen Laufbahn an, anderen Autoren gerecht zu werden. Ich habe nicht Gleiches erfahren, — spöttisch hat mein Buch, das meine innerste Ueberzeugung ausspricht, Liszt „besprochen"[3]). Ich habe in meiner jetzigen Abhandlung jede scharfe Polemik gemieden, denn ich hatte es selten mit mechanischer, materialistischer oder pessimistischer Weltanschauung zu thun. Aber dieser Kritik muß ich doch entgegnen, sie ist keine, denn sie ist unsachlich. Nur tief beklagen kann ich, daß der Kritiker über die Metaphysik, über die Freiheit unseres Ichs (nicht des Willens!) und über das ewige Erbrecht spottet, das meine Theorie vertritt. Gerade die citirte Zeitschrift hätte doch wohl alle Ursache, wie ich, bei der Kritik der Italiener zu prüfen, ob nicht auch von Oettingen und der jetzt für die Statistik viel zu wenig citirte Drobisch eher die Wahrheit bringen, als jene Heißsporne unter heißerer Sonne und im päpstlichen Lande. Zeigt denn dem Herrn Kritiker nicht der Aufsatz von Lombroso: „pro schola mea" in demselben Band, der Aufsatz eines Autors, der überaus geistvoll die angeborene Delinquenz vertritt, wofür ich eintrete?" Die mechanische Auffassung ist wissenschaftlich total unwahr für das Gebiet der Rechtswissenschaft! Lombroso schließt mit dem Schlagwort der „freien, naturwissenschaftlichen Weltauffassung". Glaubt er denn, wir Juristen bekümmerten uns um die Naturwissenschaft nicht? Ich verweise ihn auf das von mir besprochene Werk über „Ameisen, Bienen und Wespen" von Lubbock. Das ist exacte Forschung, vor der wir uns beugen! Freilich wer wie von Liszt spöttisch sagt: „Ohne Metaphysik kein Heil für den Kriminalisten!" der kann die Italiener nicht kritisiren.

Die unsachliche Kritik ist deßhalb nicht allzu schmerzlich für mich, weil v. Liszt nicht zu den Autoren zählt, die das Wesen der Unter-

---

[1]) Nur der Rechtstrieb ist von der letzten Ursache im reinen Sein gesetzt, nicht aber das positive Recht. Letzteres würde auch unsere intelligible Freiheit vernichten.

[2]) Aber das höchste und beste Menschenwerk. Die Stellung der positiven christlichen Moral zum positiven Recht wird vielleicht durch v. Iherings „Zweck im Recht" mit gewohnter Vollendung im zweiten Band erörtert werden, wenn er von der „Liebe" spricht, die nicht die sinnliche Liebe, sondern wohl zumeist die selbstlose Menschenliebe sein dürfte.

[3]) Die Kritik befindet sich in der Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft B. 3 Heft 3. Ich kann den Begriff der „Besprechung" nicht in ihr finden, es wird nichts darin „besprochen"; ich soll es als eine nothgedrungene Gnade des „Berichterstatters" ansehen, daß er mein Buch erwähnt. Unter solchen Umständen wäre mir gänzliches Todtschweigen des Berichterstatters lieber gewesen, wie er es ursprünglich nach seiner Aussage beabsichtigte.

Digitized by Google

lassung geprüft haben. Eine Verdammung meiner Forschung könnte ich von dieser Seite nach dem Grundsatz der Talion von v. Bar erwarten. Jetzt, nachdem mein zweites Buch erschienen, wird vielleicht verständlich, weßhalb ich die „Regel des Lebens" bekämpfen mußte. Der Streit gilt nur der Regel des Lebens als Rechtsquelle und als Grundsäule der Ursache. Wäre die Regel des Lebens das Letztere, aller Streit über die Causalität wäre beendet, wäre sie das Erstere, wir brauchten nicht nach den Quellen zu forschen. Dann aber wäre sie der unbewußte Gott von Hartmanns. Liszt erkennt das nicht und sagt spöttisch, ich zähle v. Bar zu den Hartmannianern, was übrigens so klingt, als ob diese Bezeichnung ein wissenschaftlicher Vorwurf wäre, was sie nicht ist. — Ich kann mich durchaus nicht davon überzeugen, daß meine philosophische Methode, die für das Recht auf der Anpassung des geschichtlich Gegebenen ruht, irrig ist. „Denn in der Philosophie liegen die Gedankenwurzeln, die Fundamente der Specialwissenschaften"[1]) (Berner, Lehrbuch 12. Aufl. S. 3). Zu einem unhistorischen Naturrecht kann meine Theorie nie führen, denn die Satzung der Wesensnormen führt stets zur philosophischen Behandlung des in der dritten Wesensnorm, im positiven Gesetz und in der positiven Gewohnheit, gegebenen Rechts. — Es macht sich jetzt die speculativ-historische Methode selbst in der reinen Philosophie geltend: „der Klage gegenüber, daß nicht mehr philosophirt, sondern nur Geschichte der Philosophie getrieben werde, aus Philosophen Historiker geworden seien, ließe sich geltend machen, daß die Philosophiehistoriker selbst zu philosophiren pflegen, und so vielleicht auch hier dieselbe Lanze, welche verletzte, die Heilung bringen kann". (Erdmann loc. cit. Seite 864).

[1]) Ganz abgesehen davon, daß das philosophische, speculative Denken, das Klarwerden über das Wesen der Dinge und den Zweck und die Aufgabe unseres Ichs für das Wissen der einzige Halt und der einzige Trost ist, nachdem es kritisch erkannt hat, daß Alles, was der nicht-speculirende Kopf „Glück" nennt, nichts ist, als Illusion und Täuschung, Schein und Trug der Erscheinung, aber zu durchsichtig, um zu „beglücken". Den von mir heftig angegriffenen, pessimistischen Philosophen gegenüber erscheint es mir geboten zu bemerken, daß ich mit Schopenhauer das Trostlose der Erscheinungswelt erkenne — aber es handelt sich für die Willenswelt (im Gegensatz zur Gedankenwelt) nicht um Trost, sondern um Pflicht und Aufgabe des Lebens.

Digitized by Google

II.

Die Quellen des heutigen deutschen Strafrechts.

Digitized by Google

§ 1.

Die Theile des positiven Rechts.

Hinter den Normen des positiven Rechts steht entweder der Imperativ der Strafe oder der Imperativ der prozessualischen Entscheidung, welcher sich an den Richterstand richtet. Es kann aber auch Normen geben, hinter denen keiner der beiden Imperative steht (zwanglose Normen). Die letzteren bilden keine abgetrennte, zusammenhängende Gruppe, sie kommen in allen Rechten vor, am häufigsten sind sie im Staatsrecht. Auch im Kirchenrecht finden wir sie, denn vom rein staatlichen Standpunkte aus sind reine Kirchenstrafen kein Zwang. Zahlreich sind dieselben auch im Völkerrecht vertreten; hier ersetzt den Zwang zur Zeit die Furcht vor der Kraft einzelner Staaten oder mehrerer verbündeter Staaten; sie aus dem Grunde, weil hier Gerichtshülfe fehlt, als Rechtsnormen leugnen zu wollen, wäre ebenso irrig, wie die Normen eines kosmopolitischen Kirchenrechts als Rechtsnormen zu negiren. Es steht auch hinter ihnen der sittliche Geselligkeitstrieb als Normengehorcher, der der Macht durchaus nicht unbedingt, sondern nur im vereinzelten Falle des Trotzes bedarf. Da aber dieser Trieb stets nationaler Natur ist, so nimmt innerhalb der einzelnen Staaten das Völkerrecht wie das Kirchenrecht stets einen nationalen Charakter an, und wird niemals rein kosmopolitisch. Obwohl alle diese zwanglosen Normen eine äußere Aehnlichkeit darin haben, daß sie nur dem Normengehorcher im Rechtstriebe vertrauen, sei es, daß sie sich auf den Staatsgedanken, auf das religiöse Gefühl, oder auf Verkehrszwecke, welche neben dem Triebe wirken, verlassen, sei es, daß sie nur im Rechtstrieb das folgende Element des Ichs finden, so haben sie doch keinen solchen inneren Zusammenhang, daß sie in einer besonderen Abtheilung meiner Abhandlung erörtert werden könnten.

Es bleiben daher für mich nur die beiden großen Gruppen: Civilrecht und Strafrecht für das positive Recht zur wissenschaftlichen Prüfung auf das Wesen des Rechts und der Quellen hin übrig. Soweit hinter den anderen Rechten der Imperativ der Prozeßhülfe steht, gelten für sie im Ganzen die Regeln des Privatrechts über das Recht und

Digitized by Google

dessen Quellen, denn diese entscheiden, ob und wie weit Gesetz und Gewohnheit als Quellen[1]) gelten. Soweit hinter ihnen ein Imperativ der Strafe steht, sind die Grundsätze des Strafrechts für sie maßgebend.

§ 2.

Das positive Strafrecht.

Ich stelle das Strafrecht voran, weil mir dasselbe wichtiger zu sein scheint, als das Civilrecht. Allerdings ist Letzteres das friedliche, productive Element. Aber nur unter dem Schutze des Strafrechts kann es sich weiterentwickeln. Ja selbst das Staatsrecht wird nur von der Waffe des Strafrechts rechtlich geschützt gegen den Trotz Einzelner.

Die Abtrennung des Strafrechts vom Civilrecht bedarf kaum einer Rechtfertigung. Alle anderen Rechte haben die durch die Verfassung garantirten Güter des Menschen rechtlich zu erhalten und zu schützen, das Strafrecht aber muß die Güter dem Verbrecher nehmen und ihm ein Uebel zufügen. Indem es hierdurch die Fortentwickelung der anderen Rechte ermöglicht, ist es wiederum im großen Sinne ein Güterschutz, ein Schutz des Schutzes der Rechte, aber dadurch wird an seiner eigenartigen Natur nichts geändert. Für den Verbrecher ist die Strafe kein Schutz, sondern ein Uebel, gegen das ihn die Verfassung schützen würde, wenn er kein Verbrecher wäre.

§ 3.

Der Imperativ der Norm und der Imperativ der Strafe.

Ich gründe im Gegensatz zu Binding[2]) den Imperativ im Strafrecht nicht auf den ersten Theil der Strafgesetze allein, sondern nehme zwei selbständige Imperative neben einander an: den Imperativ der Norm: handle nicht! oder handle! und den Imperativ der Strafe, welcher lautet: strafe![3])

[1]) Ueber die Entstehung des Gesetzes entscheidet jetzt das Staatsrecht.
[2]) Binding Normen I. Seite 28 und Seite 31.
[3]) Im Civilrecht entspricht diesen Imperativen das Civilprozeßrecht, dessen allgemeiner Imperativ lautet: Du, Richter, verwirkliche das Civilrecht nach den Imperativen des Prozeßrechts! Die allgemeinen Imperative ruhen heut auf der Verfassung, dem Imperativ an den Staat.

Digitized by Google

Gesetz und Gewohnheit wirken nun rechtschaffend für beide Imperative. Allein diese beiden Imperative sind in der Gewohnheit noch untrennbar verbunden. Das Gewohnheitsstrafrecht besteht nur in der Uebung der Strafe, die Norm kann gar nicht geübt werden; die Normen, nach denen der Verkehr straflos lebt, sind Rechtsnormen (Staatsrecht, Civilrecht 2c.) aber keine Strafrechtsnormen.

§. 4.

Die zwanglosen Normen der gegenwärtigen Gesetzgebung.

Daß es im gegenwärtigen Staate Normen ohne Zwang, nakte Normen gibt, ist unbestreitbar. Meines Erachtens sind dieselben aber nur im organisirten Staate möglich, und sind ihrer ganzen Natur nach ein Beweis dafür, daß vor dem modernen organisirten Staate nakte Normen nicht möglich waren, daß vielmehr in jener Zeit der Imperativ des Zwanges, auf einer Norm der Gewohnheit beruhend, hinter ihnen stand.

Binding sagt mit Recht, daß es im Handelsrecht, im Seerecht zahlreiche Normen ohne Zwang gebe; man kann noch andere Gesetze, vor Allem auch die Gewerbeordnung, hinzufügen. Das Hauptgebiet für die zwanglosen Normen bleibt aber die Verfassungsurkunde. Betrachten wir zunächst die Handels- und Gewerberechtsnormen, hinter denen kein Zwang steht. Wir bemerken sofort, daß ihre Zahl klein ist im Verhältniß zu den Normen, die mit einer Strafdrohung versehen sind; dergleichen Strafdrohungen finden sich in dem deutschen Handelsrecht,[1]) im Seerecht[2]), in der Gewerbeordnung[3]) in reichster

[1]) Die Anmeldung der Firma (Art. 19, 21, 25) erzwingt Art. 26 ev. durch Ordnungsstrafen. Es liegt ein scheinbar echtes Omissivdelict vor, ein scheinbares, denn das Erforderniß der vorangehenden Handlung (das Kaufmannwerden) macht es zu einem Commissivdelict durch Unterlassung (Seite 414 ff. meiner Commissivdelicte durch Unterlassung). Andere Ordnungsstrafen finden sich in Art. 154 (in Bezug auf Kommanditgesellschaften), in Art. 179 (Kommanditgesellschaft auf Actien), Art. 206 (Aufsichtsrat), Art. 212 (Anmeldung der Actiengesellschaft), Art. 228 (Anmeldung des Vorstands); Art. 249 aber enthält wirkliche Strafen für Fälschungen 2c. seitens des Aufsichtsrats und des Vorstandes.

[2]) Für das Seerecht ist insbesondere zu vergleichen: Art. 437 (Landesgesetzliche Strafbestimmungen für unterlassene Eintragung in das Schiffsregister 2c.):

[3]) Am zahlreichsten sind die Strafbestimmungen wohl in der Gewerbeordnung; § 145, § 146, § 147, § 148, § 149, § 150, § 151, § 152, § 153. Auch hier liegen überall, wo von Unterlassung die Rede ist, nur scheinbar echte Omissivdelicte vor, denn die vorangehende Handlung, der Gewerbebetrieb, ist zum Thatbestand nothwendig.

Digitized by Google

Menge. Noch verschwindender wird die Zahl der zwanglosen Normen, wenn wir alle die Fälle ausnehmen müssen, in denen eine Behörde ihre Befolgung erzwingt; auch hierfür finden sich im Handelsrecht[1]), im Seerecht[2]), und in der Gewerbeordnung[3]) zahlreiche Beispiele. Endlich sind auch alle die Normen auszunehmen, welche durch die Civilklage im Falle der Verletzung im Schadensersatz[4]) einen Zwang hinter sich haben. Es ist ja für den Zivilprozeß völlig gleichgültig, ob sie im Privatrechtsgesetzbuch oder in den Nebengesetzen stehen. Die Normen können natürlich nicht aufgezählt, sondern für die Wissenschaft nur im System organisch geordnet dargestellt werden. Meistens begnügen sich diese Normen damit, einen Satz auszusprechen, dessen Imperativ der Richter bei dem Urtheil zu verwirklichen hat, wenn er nicht, was sein erster Zweck[5]) ist, friedlich im Verkehr verwirklicht wird. Wenn das Gesetz sagt: Ein Kauf zur Probe ist unbedingter Kauf unter Hinzufügung eines Beweggrundes[6]), so scheint das ein Lehrsatz zu sein. Es ist aber ein Willensimperativ, denn wenn Jemand „zur Probe oder „unter Hinzufügung eines Beweggrundes“ kauft, und dann den Kauf als bedingten behandeln will, so erklingt bei der nachfolgenden Verurteilung sofort der Imperativ heraus: „Wer zur Probe kauft, der soll so angesehen werden, als ob er unbedingt gekauft hätte!“ Zuweilen sprechen diese Normen auch ausdrücklich einen Zwang sich selbst zu durch einen Imperativ an die Behörde, der neben dem allgemeinen Imperativ an die Gerichte, das Recht zu

[1]) Die Landesgesetze bestimmen die Behörden, welche die Handelsmäkler für die Pflichtverletzungen bestraft, Art. 84.

[2]) Die Landesgesetze bestimmen die Behörden, welche die Schiffsregister zu führen haben, Art. 434. Mithin sind alle scheinbar zwanglosen Normen über dieselben Imperative für die Behörden.

[3]) Cf. § 13 Abs. 1 (Imperativ an die Gemeinde), § 120 (Entscheidung der Behörden über Arbeitsbücher und Zeugnisse; demnach sind die Normen darüber Befehle an die Behörden, welche der Entscheidung zu Grunde zu legen sind), § 138, § 139, § 141, (die Imperative für Hülfskassen sind bindend für die Gemeindebehörde, welche sie „nach Maßgabe“ des Gesetzes einzurichten, zu regeln und sicher zu stellen hat).

[4]) Jede Exekution gibt nur Schadensersatz. Die Verletzung jeder Norm ist schließlich irreparabel. Selbst wo eine Handlung erzwungen werden kann, kann sie nicht mehr zu jener Zeit erzwungen werden, wo sie nach der Norm geschehen mußte. Der Geldersatz ist nur eine Aushilfe für das Irreparable, und oft eine recht schlechte! Nur das rechtmäßige Normengehorchen bewahrt den Verkehr vor unersetzlichem Schaden! — Nach meiner Theorie ist also nicht nur die Strafe eine Genugthuung für einen irreparablen Rechtsbruch (Binding, Grundriß Seite 108) sondern auch jede Execution im Zivilprozeß, selbst die executio ad faciendum, denn das Irreparable gründet sich auf den Zeitbegriff („sed fugit interea, fugit irreparabile tempus!“)

[5]) Der Normengeber verläßt sich zunächst auf den Normengehorcher. Für die Staatsbürger und nicht für den Richter und den Executor sind zunächst die Normen da.

[6]) Art. 341 H. G. B.

Digitized by Google

verwirklichen, steht[1]). Endlich fügen diese Normen zuweilen die Bestimmung bei, daß unter gewissen Bedingungen kein Recht entstehen solle. Hier liegt zuweilen die Annahme eines Rechts in der historischen Rechtsvergangenheit, an deren Stelle neues Recht gesetzt wird[2]), zuweilen erscheint die Versagung als Strafe d. h. Zufügung eines Uebels[3]) — denn auch die Nichterlangung eines Rechtsvortheils ist ein Uebel —, zuweilen bleibt die nackte Negation übrig[4]).

Nichtsdestoweniger bleiben Normen selbst nach Ausscheidung dieser drei großen Normengruppen übrig, hinter denen weder eine Strafe noch irgend ein Zwang steht. Die Verpflichtung des Kaufmanns, Bücher nach einer bestimmten Vorschrift zu führen,[5]) ist eine nackte Norm. Trotzdem daß daran keine gesetzlichen Folgen geknüpft sind, betrachten die Motive diese Bestimmung durchaus nicht als lex imperfecta, sondern nehmen eine gesetzliche Pflicht zur Führung von Handelsbüchern an.[6]) Die nackten Normen mehren sich aber bedeutend, wenn wir unter den von mir ausgeschiedenen Normenmassen die zweite unter einem anderen Gesichtspunkte betrachten. Die Imperative an die Behörde können durch die Oberbehörde erzwungen werden.[7]) Wer aber zwingt die oberste Behörde? Wer zwingt den obersten Richter? Hinter diesen Imperativen steht also im Grunde zuletzt kein Zwang, sondern der sittliche Geselligkeitstrieb unmittelbar als Normengehorcher. Und um diesem

---

[1]) Gewerbetreibende, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, dürfen, so lange ihnen diese Rechte entzogen bleiben, mit der Anleitung von Arbeitern unter achtzehn Jahren sich nicht befassen. Hier herrscht ein öffentliches Interesse, die Klage genügt nicht, deßhalb kann die Entlassung der dem Verbot zuwider beschäftigten Arbeiter polizeilich erzwungen werden. (§ 106 Gew. O.)

[2]) Cf. § 4 der Gew.-O. Die Zünfte konnten früher Andere ausschließen, jetzt sollen sie es nicht mehr. Früher ging der Imperativ an die „Pfuscher", jetzt geht er an die früher allein Berechtigten.

[3]) Wer wegen aus Gewinnsucht begangenen Verbrechen gegen das Eigenthum bestraft worden ist, dem wird das Uebel auferlegt, daß er keinen Handel mit gebrauchten Kleidern ꝛc. treiben darf. Wer wegen Verbrechens gegen die Sittlichkeit bestraft ist, den kann das Uebel treffen, daß er nicht Tanz-, Turn- oder Schwimmunterricht als Gewerbe treiben darf (§ 35 der Gew.-O.)

[4]) Schaustellungen ꝛc. darf ev. der nicht veranstalten, der einen Legitimationsschein haben will, nachdem genug ertheilt sind (§ 59 der Gew.-O.). Kinder unter vierzehn Jahren dürfen diese Gewerbetreibenden nicht zu Gewerbezwecken begleiten (§ 62 Abs. 2 der Gew.-O.).

[5]) Art. 28 des H. G. B. (Cf. Art. 10 daselbst).

[6]) Cf. Schwarze, Commentar 4. Auflage, Seite 715 Anm. 6. Bei dem Mischthatbestand des Concurses tritt eine Bestrafung allerdings mit infolge der unterlassenen Buchführung ein, da sie aber nicht Folge der Unterlassung allein ist, muß diese als folgenlos gelten.

[7]) Die Gemeinde setzt ein Ortsstatut fest. Richtet sie sich nicht nach dem Gesetz, so genehmigt die höhere Verwaltungsbehörde das Statut nicht. Richtet sich diese nicht nach dem Imperativ des Gesetzes, so setzt die Centralbehörde das Statut außer Kraft. (§ 142 der Gew. O.).

Digitized by Google

Normengehorcher sein Ohr zu schärfen, verlangt der Staat vom Beamten den Beamteneid, der ihn sofort in eine viel verantwortlichere Person durch den Appell an die innere Welt umwandelt. Die Beamtenehre, d. h. die Selbstbehauptung seines durch den Eid modificirten Wesens, ist es in erster Linie, welche zum Normengehorchen ihn treibt, wie die auf dem Fahneneid ruhende Soldatenehre für den Krieger das treibende Element ist. Man glaube ja nicht, daß man allein mit den strengeren Strafen die Verantwortlichkeit Beider erklären könne. Denn auch die Strafen sind Imperative, deren letzter Imperativ ohne Zwang bleibt.

Diese letzte Betrachtung führt mich logisch zu den zwanglosen Normen des Staatsrechts über, deren Zahl eine größere ist, als Binding angiebt.[1]) Hier begegnen wir vielen einfachen Imperativen, hinter denen kein zweiter Imperativ steht. Diese Thatsache beruht darauf, daß der sittliche Geselligkeitstrieb den Staatsnormen gegenüber sich so total gebunden fühlt, daß der Normengeber sich mit dem Normengehorcher hier eins weiß, und statt der Form des Imperativs einfach das Präsens oder das Futurum braucht.[2]) Keine sprachliche Erscheinung aber ist eine zufällige, sondern jede beruht auf einem Vorgang in der innern Welt.

Die Grundnormen des Staatslebens dürfen im Präsens und im Futurum sprechen, denn der Normengeber, der sie gibt, befolgt sie und wird sie befolgen, er bedarf keines Imperativs. Der Normengeber ist aber der Regent (der Reichstag wirkt in der Monarchie nur mit, regiert aber nicht) und die Normengehorcher sind hier seine Beamten, die ihn repräsentiren („im Namen des Königs"). Wo aber der Gesetzgeber und der Gehorcher ein und dieselbe Person sind, haben wir kein reines Rechtsgebot mehr, sondern ein reines Moralgebot; dieser Fall liegt einzig und allein vor beim Regenten selbst. —

Wenn wir nun den Umstand betrachten, daß die zwanglosen Normen meist Befehle an die obersten Behörden und Staatsgrundnormen betreffen, so leuchtet uns schon daraus ein, daß vor dem modernen Staat

---

[1]) Grundriß Seite 40.

[2]) Art. 2 „das Reich übt aus"; Art. 3 für Deutschland „besteht" 2c.; dem Ausland gegenüber „haben" alle Deutschen 2c; Art. 4: Der Beaufsichtigung seitens des Reichs unterliegen; Art. 5: die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt 2c.; Art. 6: der Bundesrath besteht 2c.; Art. 7: derselbe beschließt; Art. 8: derselbe bildet Ausschüsse; Art. 11: der Kaiser hat das Reich völkerrechtlich zu vertreten; Art. 12: ihm steht es zu 2c.; Art. 20: der Reichstag geht aus allgemeinen und directen Wahlen hervor; Art. 22: die Verhandlungen sind öffentlich; Art. 24: die Legislaturperiode dauert drei Jahre; Art. 47 die Eisenbahnen sind verpflichtet 2c.; Art. 48: Das Postwesen und das Telegraphenwesen werden 2c.; Art. 49: Die Einnahmen sind gemeinschaftlich; Art. 50: die Behörden haben zu sorgen; Art. 53: die Kriegsmarine ist 2c.; Art. 57: Jeder Deutsche ist wehrpflichtig; Art. 63: Die gesammte Landmacht wird bilden 2c. Art. 71: Die gemeinschaftlichen Ausgaben werden bewilligt 2c. 2c.

Digitized by Google

die Anzahl dieser Normen nur eine beschränkte gewesen sein kann. Das Wesen der Gewohnheit ergibt aber, daß sie überhaupt unmöglich waren. Die Willensäußerung der Gewohnheit kann gar nicht in Normen geschehen, hinter denen kein Zwang steht, denn die Gewohnheit ist erst durch den Zwang, die opinio necessitatis, Recht. Die Gewohnheit kann nicht, wie das Gesetz, Rechtsimperative rein aussprechen, denn sie erscheint im Zwang und will stets den Zwang gegen Andere. Die nackten Normen sind eine Errungenschaft des Gesetzes. Ich will gleich selbst die Einwendungen machen, die hiergegen gemacht werden können, und sie widerlegen. Man kann sagen: Gerade die Buchführung der Kaufleute, die angeführt worden ist, war als nackte Norm vor dem modernen Staat Gewohnheitsrecht. Allein sie war nicht Recht, sondern Sitte. Zweitens kann man sagen: es gab den Satz pacta sunt servanda, hinter dem keine Folge imperativisch gesetzt ist. Allein dieser Satz gehörte damals der Moral[1]) und nicht dem Recht an; er war ein gedachter Satz, und kein gewollter Satz. Der Wille steht an der Pforte der Außenwelt, den Begriff pacta gibt es für den thätigen Willen zunächst nicht, sondern einen ganz bestimmten Vertrag. Auf diesen Vertrag wendet er an, was sein Ich denkt, und das deutsche Ich mahnte: sei treu! Als die Gesetzgebung bewußt sagte was sie dachte, als die Wissenschaft ihre Gedanken bewußt organisirte und lehrte, da konnte jener Satz, hinter dem kein Zwang steht, ausgesprochen werden, und der Zwang, der bei den einzelnen Verträgen eintritt, auf ihn zurückgeführt werden. Drittens kann man sagen: aber die Grundnormen bestanden vor dem modernen Staat! Gewiß, sie bestanden im Rechtstrieb, aber sie lebten unbewußt und waren nicht verfassungsmäßig normirt. Für diese Normen war also damals der Rechtsgrund derselbe wie heute, denn auch heute ist z. B. der Art. 17 der Reichsverfassung nur darauf gegründet, daß das Reich seine Schuldigkeit thut, also nur dem Trieb gehorcht, (denn wer sollte es zwingen, wenn die Bundesstaaten die Justiz verweigern?[2]). Das aber ist gewiß, daß die zwanglosen ausgesprochenen Normen weit mächtiger auf den Normengehorcher wirken, als der unnormirte[3]) Rechtstrieb dies früher vermochte.

Das Resultat der Untersuchung ist: Zwanglose Normen existiren, aber erst mit dem Gesetz und dem modernen Staate. Vorher waren sie entweder Sitte, oder sie existirten nicht als Normen sondern lagen noch im Mutterschoß des sittlichen Geselligkeitstriebes unbewußt geborgen. Ihr Geburtstag fällt in die Gegenwart.

---

[1]) Ich bin anderer Ansicht als Schloßmann im „Vertrag" ist. Cf. denselben Seite 165 loc. cit.

[2]) Cf. Berner, Lehrbuch, 12. Aufl. Seite 98.

[3]) Die Gewohnheit kann sich nur an einzelnen Fällen üben. Die Rechtssprichwörter, welche davon absehen, sind höchst unsicher; ihnen gegenüber ist große Vorsicht nöthig.

Digitized by Google

Unter den gegenwärtigen zwanglosen Normen finden sich wenige, die sich als Strafrechtsnormen bezeichnen lassen. Im Gegentheil tritt gerade da, wo die zahlreichen zwanglosen Normen des Staatsrechts sich zu strafrechtlichen umwandeln, der Charakter des unlösbaren Strafimperativs mit aller Entschiedenheit als harte Straffolge hervor[1]).

§. 5.

Das Verhältniß der Gewohnheit zur Strafrechtsnorm und zum Strafimperativ.

Die Strafrechtsnorm allein kann die Gewohnheit nicht ausbilden. Wo die Gewohnheit im Strafrecht auftritt, tritt sie stets sofort mit der Strafe, ja nur in der Strafe als Uebung auf.

Prüfen wir die Einwendungen, welche Binding hiergegen erhebt. Derselbe sagt, daß in der jüdischen bürgerlichen Gesetzgebung, in den zehn Geboten, von der Bestrafung der Gesetzübertreter geschwiegen werde[2]). Das ist richtig. Das Zweitafelgesetz donnert im Namen Gottes[3]) seine Gebote in die Herzen der Menschen. Dadurch aber, daß diese zum Theil für alle Kulturen, selbst für die, welche eine Viel-Gottheit oder eine All-Gottheit annehmen, gelten können, dürfen wir uns nicht dahin täuschen lassen, daß wir im Zweitafelgesetz etwa ein Rechtsgesetz zu sehen meinen. Dasselbe ist ein Sittengesetz[4]); schon die drei ersten

[1]) Cf. §§ 80 bis 122 des Strafgesetzbuchs. In dem Setzen von großen Uebeln für die Verbrechen gegen den Staat stimmen alle Völker überein, die zum Begriff des modernen Staats sich entwickelt haben. Wenn die Erben den Testamentsvollstrecker im ewigen Erbrecht der Menschheit, um ihn überhaupt zu negiren, angreifen, so kann ihr Zweck nur der sein, als Räuberbande das bellum omnium contra omnes zu eröffnen, und hiergegen muß der Staat aufs schärfste reagiren, ja er muß eventuell vernichten, ehe er, und mit ihm alle ererbten Güter, verletzt wird; eine Vernichtung hat er nicht zu fürchten, denn der Rechtstrieb lebt in Allen und überwindet stets den Trotz Einzelner im Weltgericht der Weltgeschichte. Heroen oder Opfer einer hohen oder einer niedrigen Leidenschaft muß und wird das Recht stets strafen (Dahn Vernunft im Recht S. 214). Ich glaube aber gegen Dahn in unserer Zeit nicht an „Atome“, in denen der Rechtstrieb nicht lebt. Jeder Culturmensch empfindet den Widerspruch gegen diesen jetzt als Trotz! Dahn verlegt auch seine „Atome“ in den einsamen Norden und in die einsame Wüste (Seite 128 loc. cit.) Dort kann der Held auf „Balmung“ vertrauen, bis ihn ein Stärkerer todt schlägt und ihn überzeugt, daß er ein Löwenleben führt und daß ihm wohler wäre, er führe ein Rechtsleben.

[2]) Binding Normen I. Seite 58.

[3]) Der Gesetzgeber sagt nicht „Ich von Gottes Gnaden 2c.“ sondern „Ich bin Jahve, dein Gott, der ich dich aus Egypten befreite aus Sklavenhause“.

[4]) Ich stimme in dieser Hinsicht dem bewährten Forscher des alten Testaments, Ewald (Geschichte des Volkes Israel, 3. Ausgabe) gegen Binding (Normen I.

Gebote bezeugen dies unwiderleglich[1]). Aehnliche Sittengebote finden wir ja auch bei den Buddhisten. Zu Strafrechtsnormen wurden diese Gebote aber in der Uebung. Hier entstand auch sofort mit der Strafnorm der Strafimperativ. Binding selbst führt, auf Michaelis[2]) gestützt, diese Imperative aus[3]). Dieselben galten in Israel nicht, weil sie von Gott unmittelbar gesetzt waren — denn der göttliche Gesetzgeber gab keine Rechtsnormen im Dekalog — sondern weil die Strafen, und zwar sehr harte Strafen, Gewohnheit waren. Gegen die Natur des Dekalogs als Rechtsnorm spricht m. E. auch der Umstand, daß alle anderen Normen, die Rechtsnormen sind (Vorschriften über Fleischgenuß, Zehnten, Thierpflege, Fremdenwesen ꝛc.), räumlich von jenem getrennt stehen, ganz abgesehen davon, daß Israel bei ihnen nicht eine unmittelbare Offenbarung vom Sinai annahm.[4])

Uebrigens vermag auch Binding keine andern Völker als die Juden und die Buddhisten — also gerade die beiden rein religiösen Völker — zu nennen, bei denen es reine Rechtsnormen gibt.

Gerade das Volk, welches ein reines Rechtsvolk war und, wie Israel den Gedanken des einen Gottes, den Gedanken des Rechts entwickelte, die Römer, haben weder im älteren noch im neueren Rechte dem Dekalog ähnliche Normen, sondern neben dem Verbot die lex und die sanctio legis. Die Musterform findet sich z. B. in l. 15 § 25 D. 47, 10: ait praetor: ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit prout quaeque res erit animadvertam. In vielen Fällen wird eine bestimmte Strafe angegeben (z. B. l. 5 § 6 D. 9, 3). In anderen wird auf eine andere Strafnorm Bezug genommen (l. 1 § 9 D. 48, 10: — puniatur ac si falsum commisisset), wo der Strafimperativ aber nicht ausgesprochen ist, stand er in der Gewohnheit hinter dem Normimperativ, und wenn der Behörde die Strafhöhe frei stand, so war sie wiederum durch Gewohnheit in deren Ermessen gelegt.

Wenn wir nun zugeben müssen, daß das Strafrecht ohne Norm nicht denkbar ist, weil dieselbe nothwendig einen Bestandtheil desselben bildet, so bleibt die Frage offen: wo und wie entstehen die Normen, ehe sie in der Gewohnheit Strafnormen werden? Sie sind das prius im Gedanken, aber nicht im Recht! Somit wie der Gedanke Rechtswille wird, ist in der Uebung der Strafe die Norm bereits Strafnorm. Hat nun in einem Abschnitt der Entwickelungsgeschichte ein

Seite 59) bei. Vom rein juristischen Standpunkte aus läßt sich die Frage meines Erachtens nicht lösen.

[1]) Hierin finde ich die Natur des Sittengesetzes. Die 3 ersten Gebote und die Ueberschrift negiren die Natur desselben als Rechtsnorm!

[2]) „Mosaisches Recht".

[3]) Normen I. Seite 58 Anm. 107 bis 115.

[4]) Ich spreche natürlich nur vom jüdischen Standpunkte aus!

Digitized by Google

Volk keine andere Art der Rechtswillenserklärung, als die der Uebung, so lassen sich in der Rechtsgeschichte die reinen Normen absolut nicht erkennen[1]). Wir sind dann auf das Stillleben der Kulturgeschichte des Volkes angewiesen, aus dem wir aber die Willensäußerung des Strafrechts nicht herauslesen können. Aus den Rechtssprichwörtern erhellt die Norm ebenfalls nicht, denn diese sind so wenig Imperative, wie das Volkslied einer ist; sie sind Volksweisheit aber nicht Volkswille; sie können nur die schon bestehende Uebung erklären. So werden sich für die Zeit des Gewohnheitsrechts die Normen vor der Strafnorm schwer erkennen lassen; erst wo Gesetzgeber existiren, wie im alten Rom, werden sie erkennbar, erst dann erhellt, daß sie vorher in den Gedanken des Volkes existirten, ehe sie Volkswille im Recht wurden. Setzen wir den Fall, wie wir ihn bei den Germanen des Tacitus setzen dürfen, daß es Ehebruch und Vaterlandsverrath fast gar nicht gab. Daraus, daß die Verbrechen nicht vorkamen, wissen wir noch nicht, welche Norm sie verhinderte. Tacitus sagt uns für das erste Verbrechen eine starke religiöse Norm: die Germanen sahen im Weib etwas Göttliches. Die Strafrechtsnormen entstanden erst mit der Thatsache der Verbrechen, erst da tritt der Normimperativ und der Strafimperativ zu Tage.

Was nun die Thätigkeit der Gewohnheit bei Bildung der Strafnorm betrifft, so ist diese eine tastende, unsichere; oft wird noch nicht einmal Moral und Religion vom Recht getrennt. Nie aber kann die Gewohnheit allein dahin gelangen, die Normen in der Fülle zu produciren, wie wir sie heute haben und brauchen. Binding nennt mit Recht drei Arten der Zweckverfolgung durch die Normen[2]). Einmal soll die Norm die Herbeiführung der Veränderung als solche verbieten. Diese Normen bildet reichlich auch die Gewohnheit. Allein sie scheitert oft an der ein scharf philosophisches Denken erfordernden Formulirung der Norm: Ihr sollt nicht die Ursache[3]) zu einer bestimmten Veränderung setzen[4]). Das läßt sich leicht aus der Geschichte nachweisen. Im Orient ist man theilweise noch nicht zur Trennung von Dolus, Kulpa und Casus gelangt; indem der Casus noch nicht getrennt ist, fehlt es an jeder Grenze der Rechtswelt und fehlt menschliche Ursache und menschliche Schuld[5]). Der Orient lebt mit seinen Anschauungen im

---

[1]) Und nur auf der Rechtsgeschichte können wir fußen. In der Zeitschrift über die gesammte Strafrechtswissenschaft sagt Löning mit Recht „Keine Wissenschaft des positiven Rechts ohne geschichtliche Grundlage!“ (III. B. 2. H.)

[2]) Normen I. Seite 38 ff.

[3]) Cf. meine Commissivdelicte durch Unterlassung Seite 171 § 4 „Causalität und Verursachung“.

[4]) Normen I. Seite 41.

[5]) Berner, Lehrbuch 12. Aufl. Seite 44. In China wird der unfreiwillige Tödter wie der freiwillige mit dem Todte bestraft. Wer freilich keinen „freien“ Willen annimmt, kann auch bei uns keine Trennung machen.

Digitized by Google

Unendlichen, im uferlosen Meer, aber nicht so, daß er das Endliche dahin aufgibt, sondern so, daß er den festen Strand des freien Ichs und der damit gesetzten Rechtswelt noch gar nicht gefunden hat.

In Griechenland überwog auch nach der Zeit der Popularklage doch noch die Norm des Staatsrechts. Die Strafrechtsnorm war noch nicht von ihr geschieden[1]).

Hochinteressant ist die Wirkung der Gewohnheit auf die Strafnorm bei dem Rechtsvolke der Römer. Sie hatten es mit ihrer praktischen Philosophie erkannt, daß es der freie Wille allein ist, der die Rechtswelt schafft. Aber diese Entdeckung ließ sie die Außenwelt mit ihren Schranken verkennen; sie vergaßen neben der Ursache die Causalität. Mit dem Willen allein wollten sie die Welt so trotzig erfassen, wie Fichte dem Nicht-Ich das Ich entgegensetzte, und das zu einer Zeit, wo man noch keine Ahnung davon hatte, daß auch die Erscheinnng erst durch das Ich geschaffen werde. Es führt sie eben zu ihrer Anschauung nicht die Philosophie, sondern ein äußerst stark entwickeltes Rechtsgefühl. Die Verkennung des Causalitätsgesetzes und des äußeren Erfolgs mit seiner unleugbaren Wichtigkeit nicht für die Moral, wohl aber über das an Zeit und Raum gebundene Recht führte die Römer zu irriger Behandlung des Versuchs. Im versuchten Verbrechen ist mehr gewollt als geschehen[2]), aber es ist nicht so intensiv gewollt, denn sonst wäre nach dem Causalitätsgesetze der Erfolg eingetreten. Für den sog. beendeten Versuch läßt sich die römische Anschauung ebensowenig rechtfertigen, denn wir haben zunächst nur die That, woran wir den Willen erkennen, und diese sagt uns meist nicht, ob der Erfolg durch casus oder dadurch scheiterte, daß der Verbrecher weniger intensiv wollte und deßhalb weniger strafbar war. Selbst bei rein zufälligen Nichterfolg muß aber aus criminal-politischen Gründen der Versuch weniger strafbar bleiben. Alle diese Erwägungen übersah die römische Gewohnheit und kam zu verfehlten Normen[3]). Dasselbe irrige Ergebniß ergab das

---

[1]) In der ältesten griechischen Zeit, wo es nur Gewohnheitsrecht gab, war Causalität und Verursachung noch gar nicht getrennt. Dies bezeugen die Mythen über das Schicksal (Oedipus!). Auch die ungewollte Setzung des Erfolgs ohne alle culpa war strafbar, denn das eherne Gesetz der Causalität führte ihn auf die letzte Bewegung, welche ihn schafft, ebensogut zurück wenn er gewollt als wenn er ungewollt war. (Eine würdige Durchbrechung des Schicksalsgedankens finden wir dagegen im Buch Hiob). Cf. Berner loc. cit. Seite 45.

[2]) Berner, Lehrbuch Seite 47.

[3]) Ich nenne nach Geib folgende Stellen: Cicero paradox. III. 1. Nec enim peccata rerum eventu, sed vitiis hominum metienda sunt. Idem pro Milone c. 7: Minus dolendum fuit, re non perfecta: sed puniendum certe nihilo minus. Seneca de constant. c. 7: Omnia scelera etiam ante effectum operis, quantum culpae satis est, perfecta sunt. Valerius Max. VI. 1. 8. Non factum tunc, sed animus in questionem deductus est: plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit. Diese Stellen aus

Digitized by Google

Wirken der Gewohnheit bei der Trennung des dolus von der culpa, die ihm nicht gelang[1]). Erst später, als die Gesetzgebung einschritt, erfolgte diese Trennung bei einigen Verbrechen[2]).

Die germanische Gewohnheit begann dagegen mit einer gewissen urwüchsigen Sinnengläubigkeit. Sie ließ den Willen im Strafrecht keine Rolle spielen, sie übersah neben dem Erfolg den bösen Willen im Versuche und strafte dagegen zuweilen für schuldlosen casus, fast immer aber gleich streng für culpa[3]).

Dieser Sinnengläubigkeit stellte die canonische Gewohnheit ihre Innerlichkeit gegenüber. Aber auch sie scheiterte bei der Ausführung der Normen, indem sie die Moral mit dem Recht verwechselte, sie wollte nicht blos den Willen, sondern den Wunsch, ja den Gedanken strafen, der der Rechtswelt nicht angehört[4]).

Mit den beginnenden legislatorischen Versuchen hat meine Darstellung hier abzuschließen. Soviel erhellt, daß eine für einen Culturstaat genügende Regelung der Normen für das Strafrecht von der Gewohnheit nicht zu erwarten ist.

Dazu kommt noch folgender Umstand: Uebung der Strafnorm im

Schriftstellern zeigen die Norm, die hinter der Strafnorm liegt. Ich füge folgende Strafnormen hinzu (Geib I. Seite 80): Paulus Rec. Sent. V. 23,3: Consilium unius cuisque, non factum puniendum est. L. 14. 15. D. 48,8: In maleficiis voluntas spectatur, non exitus . . . Nihil interest, occidat quis, an causam mortis praebeat. L. 5 C. 1 ad L. Jul. maiest. 9,8: eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri iura voluerunt.

[1]) Das ist anffällig, denn die culpa ist fehlerhafter und strafbarer Wille. Allein die Römer sahen nur im dolus das strafbare Ursache-Setzen, während sie die Nichtbeachtung des Ursache-Setzens, die doch auch Wille ist (denn ich muß Etwas unvorsichtig wollen um culpos zu handeln) dem Civilrecht zuwiesen. Der Grund dafür liegt darin, daß bei der culpa allerdings das äußere Causalitätsgesetz gewaltig mitwirkt, auf das die römische Gewohnheit von ihrem subjectiven innerlichen Standpunkte aus absolut keinen Werth im Strafrecht legte.

[2]) Berner, Lehrbuch, Seite 46.

[3]) Ueber die bestrittenen Lehren des älteren deutschen Strafrechts cf. Geib II. Seite 55—57, I. Seite 174—175.

[4]) Geib I. Seite 125 f. Berner loc. cit. Seite 51 und die Anm. 2 angeführten Stellen (ex consilio autem velut ex facto aliquem teneri, Augustinus probat). Interessant ist can. 29 de poenit., wonach die Unterlassung des Diebstahls aus Furcht strafbar sein soll, ohne daß von irgend einer vorangehenden Handlung, von Verursachung oder von einem Interpretationswillen die Rede ist. Diese Norm bewegt sich ganz und gar im Reiche der Moral; wollte der geistliche Richter sie aber anwenden, so müßte er geradezu in das „Herz" blicken können, d. h. die Vorgänge in der inneren Welt wahrnehmen können, die aber nicht wahrnehmbar sind wie die Bewegungen in der äußeren Welt.

Digitized by Google

Volke ist in der Vorstufe der Rache möglich[1]). Somit wie Gerichte existiren, ist die Thätigkeit des gesammten Volks im Strafrecht ausgeschlossen. Handel und Verkehr wird geübt, die Strafe liegt in der Hand des Gerichts. Anfangs zwar erfolgt durch die Schöffen die Erkundigng bei dem Volke nach der Strafnorm und dem Strafimperativ, bald aber ist alles Volksgewohnheitsrecht ausgeschlossen und es bleibt nur die Gewohnheit des Gerichtsgebrauchs übrig[2]). Während im Civilrecht der Jurist als Glied des Volks und mit ihm Recht schafft, liegt im Strafrecht der rechterzeugende Factor, die Uebung, in seiner Hand allein; denn die Wünsche des Volks können nicht rechtliche Willen werden, weil ihnen die Uebung fehlt, sie können nur in zweiter Linie auf den Richter wirken, der sich aber doch stets an seine Uebung gebunden fühlt. Nun gebe ich gern zu, daß Dank unserem deutschen Juristenstande die Uebung meist in guten Händen lag[3]), aber die Norm soll über dem Richter stehen, das Gesetz, vor dem er sich beugt, soll er nicht, wie früher im Strafrecht, selbst ganz allein schaffen. Dieser Mangel tritt bei der Gewohnheit einzig und allein im Strafrecht hervor. Aber er fällt auch hier so schwer in das Gewicht, daß seine thatsächliche Existenz meines Erachtens genügt, um die Gewohnheit als Rechtsquelle desselben in der Gegenwart zu verwerfen[4]).

Die Stellung der Gewohnheit zu den Imperativen der Strafe, welche hinter den Strafnormen stehen, ist eine noch weit bedenklichere. Zum Theil gelten die eben angeführten Gründe auch hier. Es kommt aber noch hinzu, daß die Gewohnheit es weder zu einer bewußten Erfassung und Durchführung des Strafzwecks, noch zu einer organischen Ausbildung des Systems der Strafen bringen kann. Die gesammte Rechtsgeschichte zeigt uns denn auch bekanntlich, daß es das Gewohnheitsrecht nie zur Erreichung dieser beiden Hauptbedingungen eines guten Strafrechts gebracht hat[5]).

Demnach ist die Gewohnheit für beide Theile des Strafgesetzes zu verwerfen. Keiner Erwähnung bedarf es wohl, daß eine gewohnheitsrechtliche Ausbildung von reinen Normen der Strafimperative nicht möglich, ja nicht denkbar ist. Der Imperativ ist untrennbar von der Norm, wie es die Norm von ihm ist.

---

[1]) Z. B. Uebung der Blutrache; Uebung der Privatrache beim Diebstahl gab es nach Friesischem Rechte. Berner, Seite 54.

[2]) Berner, Lehrbuch Seite 80; Schütze, Lehrbuch Seite 7.

[3]) Ich erinnere aber an „Carpzovius" und dessen Fehler neben allen Vorzügen.

[4]) Weßhalb diese Verwerfung möglich ist, wird später gezeigt werden.

[5]) Der Orient wollte in der Strafe die Götter versöhnen, die Griechen straften vom einseitigen Staatsinteresse aus, die Römer brachten es zu keiner bestimmten Straftheorie, die Kirche verwechselte innerliche Buße mit äußerer Strafe, die Germanen begnügten sich mit äußerlicher Abzahlung.

Digitized by Google

§ 6.

Das Verhältniß des Gesetzes zur Strafrechtsnorm und zum Strafimperativ.

Erst das moderne Gesetz, dessen Vorbedingung wieder der moderne Staat ist, kann das Strafrecht in genügender Weise normiren. — Und zwar aus folgenden Gründen.

I) Für die Normirung der Strafgesetznorm liegen folgende Bedingungen vor, die der Gewohnheit fehlen:

1) Das gesetzte Wort kann die Norm des Strafgesetzes und den Strafimperativ nun klar und bewußt nach reiflicher Ueberlegung setzen. Daraus folgt eine logische Durchdenkung Beider, an die bei der unbewußten Macht der Gewohnheit nicht zu denken ist. Gerade für die wichtigsten Normen, und diese sind die Normen des Strafrechts, ist eine scharfe, logische Durchdenkung am nothwendigsten. —

2) Die strafrechtliche Praxis ist für die Fortentwickelung die wichtigste. Sie muß die weiseste und gerechteste sein. Gerade sie hat aber an der Norm des Strafgesetzes eine Autorität über sich, da ihr die unabänderliche Gleichheit vor dem Gesetz weit fester vorschreibt, als die Gewohnheit das vermag; und weil das Gesetz ein logisch durchdachtes ist, so kann sie seine Gedanken nachdenken, und zwar kein Recht schaffen, wohl aber dem wahren Recht nachgehen[1]).

3) Die Wissenschaft erhält im Gesetz logisch geordnetes Material. Nun erst kann sie die ganze Summe der Gesetze organisch ordnen und im System wissenschaftlich wiedergeben, während sie im Gewohnheitsrecht oft das Dasein logischer Wahrheiten annehmen muß, deren Beweis durch das schwierige Erkennen unbewußter Logik oft sehr in Frage gestellt wird. Dies aber ist im Strafrecht am bedenklichsten.

4) Ich komme nun zum Hauptvorzuge des Gesetzes. Erst dieses kann mit dem Wort die Imperative in die Seele donnern, während die Gewohnheit sich immer nur auf eine unbewußte Macht berufen kann, deren Wille weder gesprochen noch geschrieben ist. Die Gewohnheit

---

[1]) Nachdenken menschlicher Gedanken dürfen wir kaum Schaffen nennen, wenn ich auch vom philosophischen Standpunkte aus zugebe, daß sie für uns erst durch das Nachdenken des Ichs entstehen („nachdenken" heißt hier nicht, seinen eignen Gedanken nachgehen; diese Thätigkeit kommt dem Gesetzgeber zu). Anders steht es, wenn wir die Gesetze der Natur verfolgen, wie sie uns erscheinen. Hier waltet im Ich eine wahrhaft schöpferische Thätigkeit, denn ohne uns sind diese Gesetze gar nicht, was sie uns „scheinen", wenn wir auch nicht wissen, was sie „an sich" sind. — Fichte macht bekanntlich zwischen beiden Fällen kühn genug keinen Unterschied.

Digitized by Google

suchte ihre Normen früher oft dadurch zu heben, daß sie dieselben auf Götter oder Volkshelden (römische Könige, Karl der Große) zurückführte. Das Gesetz besitzt seine Heiligung in seinem klaren Gesetzeswort. Für das Strafrecht ist die Wirkung des Wortes am nöthigsten. Hat es doch auch die Moral für nöthig befunden, ihre Imperative in Worte zu kleiden und sich nicht auf die Stimme in der Brust (auf die ἄγραφοι νόμοι)[1]) zu verlassen.

5) Erst das Gesetz kann die Norm ohne den Strafimperativ setzen oder wenigstens von ihm in hervortretender Weise abheben. Auf diesen Vorzug komme ich später zurück.

II) Für die Normirung des Strafimperativs hat das Gesetz folgende Bedingungen vor der Gewohnheit voraus:

1) Erst im Gesetz kann der Zweck der Strafe bewußt erfaßt werden, erst hier ist die gute Durchführung einer Strafrechtstheorie möglich, ohne die der Strafe die höhere Gerechtigkeit fehlt.

2) Erst im Gesetz können aber auch die Imperative das ganze Strafverfahren des Richters genau im Strafprozeß normiren. Die Imperative der Strafe richten sich ja nicht, wie die Imperative der Gesetzesnorm, an die ganze Nation[2]), sondern an die Beamten. Im Gewohnheitsrecht mußten auch hier diese allein Normen sich für das Verfahren schaffen, denn die Nichtrichter übten das Verfahren später nicht[3]). Damit war das Verfahren aber durch richterliche Willkür gefährdet. Aber auch hier ist zu betonen, daß es in Deutschland meist in guten Händen lag[4]).

3) Erst das Gesetz kann „die Vorzüge der gesetzgeberischen und richterlichen Beurtheilung des Verbrechens vereinigen und die Mängel Beider aufheben"[5]) indem es relativ bestimmte Strafgesetze gibt. Die Gewohnheit kann nur absolut bestimmte oder absolut unbestimmte Strafimperative geben. Die Uebung kann nur befehlen: Strafe überhaupt! oder: Strafe mit diesem bestimmten Uebel! Beide Imperative sind

---

[1]) Dahn (Vernunft im Recht, Seite 139) versteht von seiner Theorie aus darunter die Gesetze der Vernunft, im Gegensatz zu den unvernünftigen Gesetzen, wie sie der Staat setzen kann. Ich meine, daß die Griechen darunter die Gesetzesstimme des Gewissens verstanden. Der kategorische Imperativ ist nicht durch unsere Zeit bedingt, auch nicht durch das Christenthum! Die Schrift selbst sagt, daß die „Heiden" zum Richter die Gedanken haben, die sich „unter einander entschuldigen oder anklagen", sie sind „sich selbst ein Gesetz". (Ganz Kants Gedanke!)

[2]) Ich setze Nation für „Volk". Die Nation umfaßt die Juristen mit.

[3]) Ja auch in der frühesten Zeit übten sie wohl nur die Bestimmung der Strafe mit. Das Verfahren mußte doch seiner Natur nach, nachdem die Privatrache verschwunden, bestimmten Einzelnen überlassen werden.

[4]) Verirrungen, wie Ketzergerichte, Hexengerichte 2c. ruhen auf bedauerlichen Verirrungen der römischen Kirche, sind nicht Schuld unserer deutschen Nation.

[5]) Cf. Berner, Lehrbuch, 12. Aufl. Seite 255.

Digitized by Google

fehlerhaft[1]). Ein relativ bestimmter Strafimperativ ist für die Gewohnheit ganz undenkbar, an seine Stelle könnte in der Zeit des Gewohnheitsrechts nur reine Willkür des jeweiligen Richters[2]) treten. Für diese Art der Imperative bedarf es der bewußten Erwägung und des gesetzten Wortes. Sie sind auch in der That erst mit der Gesetzgebung in der Geschichtsentwickelung vorhanden.

4) Erst das Straf-Gesetz beruht, wie sich aus den vorigen Auseinandersetzungen ergibt, auf dem Willen der Nation. Die Nation vermag im organisirten Staat ihren Willen hier erst in der Gesetzesnorm auszudrücken. Die Strafgewohnheit war früher nicht rein national[3]), sondern entsprang dem Juristenrecht, dem Gerichtsgebrauch. Gerade für das Strafrecht ist aber der nationale Charakter am nöthigsten.

§ 7.

Das Verhältniß des gegenwärtigen Strafgesetzes zum Gewohnheitsrecht.

Die gegenwärtige Gesetzgebung hat die Schwäche der Gewohnheit als Rechtsquelle für das Strafrecht klar erkannt; sie hat dessen Rechtschaffung verboten. Dies Gebot wirkt, denn die Gewohnheit bildet sich im Strafrecht gegenwärtig nicht mehr. Das neue Recht gewinnt Gestalt im Gesetz.

In unserem Strafgesetzbuche findet sich das Verbot des Gewohnheitsrechts in § 2: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde“.

Aus der Fassung des Paragraphen und dessen zweitem Absatze ergibt sich, daß die Norm zunächst die Rechtsverhältnisse beim Wechsel der Gesetzgebung 2c. normiren will.

Meines Erachtens ist aber durch diesen Paragraphen zugleich alles Gewohnheitsrecht vom Strafrecht ausgeschlossen.

---

[1]) Cf. Berner loc. cit. Ich bin dafür, daß auch die Todesstrafe nur relativ bestimmt zu drohen ist; cf. meine Commissivdelicte durch Unterlassung S. 308.

[2]) Denn die relativen Grenzen setzt hier nicht der Gesetzgeber, sondern der die Gewohnheit allein in der Strafe übende Richter in eigener Person; von einer nationalen Gewohnheit ist hier keine Rede.

[3]) Daß die Juristen Glieder der Nation sind, ändert für das Strafrecht nichts an der Lage der Sache. Denn in den anderen Rechtsgebieten übt die Nation mit den Juristen und die Juristen üben mit der Nation. Im Strafrecht haben die Juristen das Monopol; und wenn Laien zugezogen werden, so sind es doch immer nur Einzelne, die üben, und auch diese üben nicht in Lebensverhältnissen, sondern müssen im Rechtsverhältnisse üben. (Die Uebung beim Kauf ist eine ganz andere als die Uebung bei der Strafe).

Digitized by Google

Prüfen wir für diese nicht unbestrittene Behauptung die neuere Literatur. Berner[1]) stützt das strafrechtliche Gewohnheitsrecht der Gegenwart auf den Gerichtsgebrauch, hauptsächlich auf die Entscheidungen des Reichsgerichts, sagt aber sofort, daß der „wahre Sinn der Gesetze" vorgehe. Damit ist das Gewohnheitsrecht keine Rechtsquelle mehr. An einer anderen Stelle[2]) spricht er auch auf Grund des § 2 des St.-G.-B. der Gewohnheit diese Bedeutung ab. Köstlin[3]) erkennt die historische Entwickelung der dritten Wesensnorm, er sagt, daß in einem wohlorganisirten Staate die Frage nach der Berechtigung einer derogatorischen Gewohnheit gar nicht entstehen könne, weil die Gesetzgebung stets das neue Recht im Gesetz normirt. Hälschner[4]) nimmt an, daß eine gewohnheitsrechtliche Feststellung der Strafbestimmungen heut nicht mehr zu erwarten sei. Und in der That ist dies, und nicht § 2 allein[5]), mit der Hauptgrund für die Ausschließung der Gewohnheit im heutigen Strafrecht. Die Behandlung der Frage reicht weiter zurück: Schon Grolmann erkennt die Schwierigkeit der „fatalen Frage", woher der Regel die Gesetzeskraft komme?[6]) Wie für den Hundertsten in der Gemeine eine rechtliche Verbindlichkeit, seine Handlungen nach einer bestimmten Regel einzurichten, daraus entstehen könne, daß die übrigen neun und neunzig bisher stets nach dieser Regel gehandelt haben?[7]) Dieser „Eine" soll, um gebunden zu sein, in die Regel eingewilligt haben müssen, die Regel muß nach Grolmann durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag der ganzen Gemeinheit als Norm festgesetzt worden sein[8]). Die Gewohnheit muß deßhalb von der Art sein, daß dadurch Ueberzeugung von einer solchen vorausgegangenen Uebereinkunft bewirkt werden kann[9]). Es hieße Eulen nach Athen tragen, wenn ich heute noch die Vertragstheorieen zurückweisen wollte, im objectiven Recht ist die Construction aus der Fiction beseitigt![10])

---

[1]) Berner, Lehrbuch Seite 80.
[2]) Berner, loc. cit. Seite 255.
[3]) Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Seite 52.
[4]) Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht I. Seite 85.
[5]) Aber § 2 des St.-G.-B. wirkt mit, denn auch wenn Gewohnheit im Strafrecht heut bestände, müßte doch erst § 2 durch Gewohnheit beseitigt sein, ehe eine andere Norm gelten könnte. Wir suchen das Recht allerdings im Gesetz schon von selbst, aber der Imperativ des § 2 heißt es uns noch ausdrücklich nur im Gesetz suchen und die Wirkung eines solchen Befehls ist nicht gering zu schätzen. Zuzugeben ist, daß er ohne die Entwickelungsgeschichte bald fallen müßte; aber ohne diese würde er gar nicht entstanden sein.
[6]) Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung 1. (1798!) S. 153.
[7]) loc. cit. Seite 154.
[8]) loc. cit. Seite 163.
[9]) loc. cit. Seite 164.
[10]) Immerhin enthält Grolmanns Lehre einen Fortschritt. Früher (1752) nahm man an, daß die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers der Gewohnheit die Kraft gebe, und weil dieser Beweis nicht zu erbringen war — denn der

Digitized by Google

Aber interessant bleibt, welche schweren Bedenken Grolmann der „Eine" neben den 99 macht[1]). Wenn der „Eine" nicht den Rechtstrieb hätte, der ihn an die Gewohnheit der 99 bindet, dann wäre auch heut eine Erklärung unmöglich.

Bei Geib[2]) finden wir zuerst die Wahrheit ausgesprochen, daß das Gewohnheitsrecht in der Gegenwart deßhalb zurückgetreten sei, weil die Gesetzbücher das Recht stets von neuem getreulich wiedergeben.

Schütze[3]) dagegegen behauptet, daß der Gerichtsgebrauch auch heute noch Strafrecht erzeugt, und daß das Gesetz nicht jeden Gerichtsgebrauch für alle Zukunft beseitigen und verbieten könne[4]). Hiergegen ist zu bemerken, daß das Gesetz natürlich nicht „für alle Zukunft"

Gesetzgeber hat keine Kenntniß von der Gewohnheit — hielt man es für überflüssig, sich auf den Beweis einzulassen. Cf. Gerard von dem Busch: diss. de consuetudine unde et quando vim legis obtineat? Gött. 1752, § 29.

[1]) Grolmann führt Meurers Beispiel an (Cf. Juristische Abhandlungen und Beobachtungen, von D. Meurer 1780): in einem Dorfe gilt gewohnheitsmäßig die erste öffentliche Subhastation immer nur als conditionell. Um nun den Einen daran zu binden, schließt er dessen Einwilligung aus der Oeffentlichkeit der Subhastationen (Seite 164). Wie aber, wenn der Eine nie zu diesen ging? Und wo bleibt die Oeffentlichkeit bei der Gewohnheit der ganzen Nation?

[2]) Geib, Lehrbuch II. Seite 15. Geib regt eine Frage an, die später selten wieder erörtert worden ist. Er fragt: Ist die Philosophie eine Quelle des positiven Strafrechts? Und verneint dieselbe mit Recht (Seite 17 loc. cit.) Es läßt sich gar keine positive Rechtsnorm unmittelbar aus der Philosophie ableiten, denn dann müßte erst eine bestimmte Philosophie zur rechtschaffenden Staatsphilosophie ernannt sein. (Freilich war die Hegelsche auf diesem Wege!) Die Philosophie hat keinen unmittelbaren Einfluß auf die Willensnormen des Rechts. Wohl aber hat sie Einfluß auf das Wissen vom Wesen des Rechts und deßhalb auch auf die von mir erörterte Lehre. „In der Philosophie liegen die Gedankenwurzeln, die Fundamente der Specialwissenschaften" (Berner, Lehrbuch Seite 3). Aber somit wie ich bei der Erörterung meiner Lehre auf positive Willensnormen treffe, darf ich sie nicht rein aus der Philosophie ableiten. Die Philosophie kann mir nicht sagen, ob heut Gewohnheitsrecht gilt, das kann mir nur die gegenwärtige Entwickelung des historischen Rechts zeigen; auch in der Naturwissenschaft kann ja die Philolosophie nicht einfach von der Entwickelungsgeschichte der Welt abstrahiren. Wer in der Philosophie eine Rechtsquelle sieht, verwechselt die Mutter mit der Lebenskraft, und diese Verwechselung ist noch schlimmer als die „der Hebeamme mit der Wöchnerin", deren sich diejenigen schuldig machen, die in der Wissenschaft eine Quelle sehen. Die letzte Bedingung, nicht Quelle, alles Rechts ist das Leben, und weil dieses nur in der Erscheinung vor unser Ich oder nach andrer Ansicht aus unserem Ich tritt — also „an sich" nicht die Erscheinung ist, so ermöglicht die Philosophie das Wissen über das Leben und alle seine Erscheinungen, zu denen auch das Recht gehört. Aber die Philosophie ist nicht das Leben, wenn wir auch ohne sie nicht wissen können, was das Leben ist. (Freilich führt auch die Philosophie nur zum gerechten Zweifel an der Erscheinung, weil das Ding „an sich" im Sein verborgen bleiben muß).

[3]) Lehrbuch Seite 7 ff.

[4]) Der § 2 des St.-G.-B. entscheidet die Controverse. Anderer Meinung ist Schütze, Seite 9 Anm. 7.

Digitized by Google

wirken kann[1]), es wirkt aber für seine menschliche Zukunft nach der von ihm gesetzten Friedensordnung, und wenn die Gewohnheit verkümmert ist, wenn das Gesetz die Dinge stets neu regelt, dann ist der Gerichtsgebrauch für diese ausgeschlossen. Meyer[2]) sagt dagegen mit Recht, daß, so lange § 2 gelte, insofern etwaigen Bildungen des Gewohnheitsrechts die Thür verschlossen sei, und erkennt die „abschließende Natur" der neuern Gesetzgebung an[3]). Darunter ist aber nicht etwa nur ein Setzen alles Rechts, sondern auch das latente Versprechen der sofortigen Setzung künftigen neuen Rechts zu verstehen. Das folgt aus der Definition d. h. dem Wesen des Rechts, denn wenn das Gesetz die Gewohnheit, die immer wird, durch sein Sein ausschließt, so muß es selbst das Werden der Gewohnheit durch sein später gewordenes Sein ersetzen, d. h. das neue Recht im neuen Gesetz normiren. Binding stellt die Gewohnheit zunächst ganz an die Seite der Gesetzespublication. Das Gesetz erkläre seinen Willen expressis verbis, die Gewohnheit durch konkludente Handlungen[4]). Ich von meinem Standpunkte aus verwerfe jeden Vergleich der Entstehung der Gewohnheit mit der Publication des Gesetzes. Ich bedarf desselben auch für meine Theorie in keiner Weise. Eine tiefere Begründung für seine Behauptung hat Binding in den „Normen" nicht gegeben, sondern eine vollständige Revision der Lehre von den Rechtsquellen einer späteren Arbeit vorbehalten, die leider noch nicht vorliegt[5]). Ueber das Verhältniß beider Rechtsquellen findet sich keine eingehende Erörterung[6]). Es erhellt aber, daß Binding durch § 2 des St.-G.-B. das, was ich Gewohnheitsrecht nenne, für ausgeschlossen erklärt[7]). Seine Lehre von der Analogie muß an anderer Stelle erörtert werden.

Aus meiner Darstellung geht hervor, daß die Autoren in überwiegender Majorität durch § 2 des St.-G.-B. in Verbindung mit der historischen Entwickelung die Gewohnheit als Rechtsquelle für beseitigt halten. Hier und da glaubt der Eine oder Andere hervorheben zu müssen, daß sie aber wieder Kraft erhalten werde, wenn das Recht nicht im Gesetz neu normirt wird. Die Wahrheit dieses Satzes ist ja unbestreitbar, aber das Gesetz kann gar nicht mit der historischen Ent-

---

[1]) Aber das Gesetz muß vom menschlichen Standpunkte aus befehlen, als wolle es für alle Zeiten befehlen. Wie die Friedensschlüsse der Weltgeschichte so sind auch die der Rechtsgeschichte stets „ewige Frieden"; ein Friedensschluß, der sich nicht für „ewig" ausgeben wollte, wäre keiner.

[2]) Lehrbuch 3. Aufl. Seite 87.

[3]) Meyer loc. cit. Seite 93.

[4]) Normen I. Seite 69 und Normen II. Seite 58.

[5]) Normen I. Seite 31 Anm. 69.

[6]) In Bindings Grundriß ist § 22 (Seite 43) ganz der Ausfüllung durch die Vorlesung überlassen.

[7]) Normen I. Seite 69 Anm. 138.

Digitized by Google

wickelung in unseren klaren Tagen in Widerspruch treten, das Gesetz weiß heut was es will, es weiß daß Unmögliches gewünscht aber nicht gewollt werden kann[1]). Das Gesetz kennt die historische Entwickelung, es kennt sie heutzutage mehr als je, denn die fortgeschrittene Wissenschaft leiht dem Gesetzgeber ihre Leuchte. Und die moderne Staatsform sorgt dafür, daß sich der Gesetzgeber nicht einseitig dieser Entwickelung entgegenstelle (Parlament). So kann der Gesetzgeber die Gewohnheit aufheben und muß stets das neue Recht im Gesetz wieder normiren. Fragt etwa Einer, wer den Gesetzgeber zwingt? so sage ich: der sittliche Geselligkeitstrieb mit seinem treibenden Element, der im Wesen des Menschen liegt, denn der Gesetzgeber ist Mensch[2]).

So komme ich zu dem Resultat: Der § 2 des Strafgesetzbuchs normirt die Rechtsquellen vom Standpunkte der gegenwärtigen Entwickelung aus in richtiger Weise. Durch ihn ist die Gewohnheit als Rechtsquelle im Strafrecht für die nächste Zukunft ausgeschlossen. Neues Recht kann und wird nur im Gesetz normirt werden.

Es sei aber bemerkt, daß unter „Gesetz" nicht nur „alle Strafgesetze im Sinne des constitutionellen Staatsrechts" sondern die im Gesetz normirten Imperative zu verstehen sind, welche auf Grund der Ermächtigung des Staats[3]) „von den zuständigen Behörden" (z. B. den Polizeibehörden) erlassen sind[4]). Ich kann auch der desuetudo heut keine Kraft mehr für das Strafrecht zusprechen. Die Ansichten über dieselbe gehen meist dahin, daß sie noch gelte. Hälschner meint, trotz § 2 bleibe dem Gewohnheitsrecht das weite Gebiet der Aufhebung gesetzlicher Strafsetzungen durch desuetudo offen[5]). Meyer[6]) dagegen sagt mit Recht, der Zustand des heutigen Strafrechts setze der negativen Function des Gewohnheitsrechts die entschiedensten Schranken; er will weder im Reichsrecht noch im Landesrecht sie anerkennen, und meint, nur da, wo keine umfassenden Polizeistrafgesetze beständen, seien Straf-

---

[1]) Wenn die Quelle der Gewohnheit noch stark neben dem Gesetz fließt, so ist die Aeußerung des Gesetzgebers vor dem modernen Staat, daß Gewohnheit nicht gelten sollte, kaum mehr als ein Wunsch. Die Gewohnheit gilt trotz des Wunsches.

[2]) Windscheid sagt schön: „Es gibt ein Gesetz geistiger Continuität, und dieses Gesetz zwingt Alle . . ." (Vorrede zur vierten Auflage zum Lehrbuch des Pandektenrechts, am Schlusse).

[3]) Das Strafrecht ist wie alles Recht national und kann bei der Einheit des Reichs heut noch in engeren Kreisen nur vom Reich, der nationalen Spitze, seine Kraft ableiten. Strafrecht in einer außerstaatlichen Gesellschaft gibt es m. E. heut nicht. Wenn eine Bande von Verschwörern Strafen einführt, sind diese auch für sie kein Recht, sondern ein Unding.

[4]) Binding, Grundriß, Seite 42.

[5]) Das allgemeine deutsche Strafrecht, Seite 85.

[6]) Lehrbuch Seite 87

Digitized by Google

vorschriften zu nennen, die nicht gesetzlich, sondern im Wege des Herkommens abgeschafft worden seien[1]).

Es liegt nach unserer Verfassung in dem Setzen jedes Strafgesetzes ein Setzen der Strafpflicht des Staats und seiner Beamten. Die Imperative für die Beamten brauchen gar nicht im Strafgesetz gegeben zu sein, sie liegen im Strafprozeß, im Beamteneid und in der Verfassung enthalten. So lange das Gesetz besteht, darf der Beamte seine Pflicht nicht verletzen, er muß es anwenden. Und das Gesetz besteht im Strafrecht so lange, als es nicht aufgehoben ist durch ein anderes Gesetz. Auch die Polizeigesetzimperative, wenn sie unter unserer Verfassung gesetzt sind, können nicht obsolet werden. Obsolet werden können nur alte Polizeigesetze, die vor unsern modernen Staatsverhältnissen, mehr als codificirtes Gewohnheitsrecht, gegeben sind. — Hiervon ist der Fall verschieden, wenn nicht das Gesetz obsolet geworden, sondern wenn im einzelnen Falle Verjährung eingetreten ist. Hier wie im Civilrecht hat die Verjährung nichts mit dem objectiven Gewohnheitsrecht gemein. (Immerhin kann man annehmen und ist angenommen worden, daß das Recht in der Anerkennung der Verjährung der Strafvollstreckung der Gewohnheit des Lebens, nicht des Rechts, ein Zugeständniß gemacht habe. Dem krassen Widerspruch, der hier dadurch entsteht, daß das Urtheil existirt, aber der verurtheilte Verbrecher frei herumläuft, weil ihn der Arm der Gerechtigkeit nicht erfassen kann, daß der Verbrecher vielleicht Ehrenstellen einnimmt, während ihm die Ehrenrechte aberkannt sind, löst das Leben dadurch in Etwas, daß sich der vielleicht gebesserte Verbrecher an das Leben eines Schuldlosen gewöhnt hat, wie sich dieses an ihn als an einen Schuldlosen gewöhnte. Der Hauptgrund bleibt aber wohl immer die Unvollkommenheit alles menschlichen Rechts und der Einfluß der Zeit, den diese metaphysisch auf Alles übt, was in ihr geschieht).

Wenn das Verbrechen nicht mehr vorkommt, so fällt natürlich die Anwendung des Strafgesetzes fort. Aber dieser Fall ist total vom vorigen verschieden. Soll die Gewohnheit ein Strafgesetz aufheben, so muß das Verbrechen so lange vorgekommen und absichtlich unbestraft geblieben sein, bis daraus eine gewohnheitsrechtliche Uebung geworden ist; in diesem Falle aber ist es gar nicht in die Erscheinung getreten. Allein wenn auch hier die Anwendung des Strafgesetzes fortfällt, so fällt doch dieses selbst nicht. Stände eine Nation auf der Höhe, daß keine Morde mehr vorkämen, so könnte sie doch das Gesetz über den Mord nicht missen, denn die bösen Wünsche leben doch in den Herzen, und das Gesetz darf sie nicht zu Willen werden lassen.

Anders steht es, wenn das Verbrechen nicht mehr vorkommt, weil sein Gegenstand fortgefallen ist. Bestraft ein Gesetz die Unterlassung

[1]) Durch Veraltetwerden und Obsoletwerden.

Digitized by Google

der Vorsichtsmaßregeln gegen die Reblaus, und es wäre die glückliche Zeit gekommen, wo diese Zerstörerin menschlichen Fleißes und menschlicher Hoffnung wieder gänzlich verschwunden wäre, so wäre allerdings das Strafgesetz fortgefallen. Denn die erste Bedingung des Rechts ist ein Lebensverhältniß. Wo dieses fehlt, kann kein Recht sein. In diesem Falle wird aber auch die Gesetzgebung den Imperativ beseitigen, der nichts mehr ist als eine Hülle ohne Kern, ein leerer Schall.

Ebensowenig wie heut die Gewohnheit im Strafrecht ein Gesetz durch Nichtanwendung beseitigen kann, kann sie etwaige Lücken ausfüllen. Sie existirt nicht mehr neben dem Gesetz. Lücken werden stets durch ein Gesetz ergänzt[1]). Daß § 2 des St.-G.-B. der Gewohnheit auch verbietet, Lücken auszufüllen, und daß er es verbieten kann, liegt begründet im Entwickelungsgange des Strafrechts.

§ 8.

Die Analogie im Strafrecht.

Seitdem die Gewohnheit für das Strafrecht keine Rechtsquelle mehr ist, muß die Analogie scharf von der Gewohnheit getrennt werden, und ist die gewohnheitsrechtliche Analogie zu verwerfen.

Die Literatur hat sich mit der Analogie im Strafrecht aus diesem Grunde vielfach beschäftigt. Dies hat außerdem darin seinen Grund, daß die Analogie eine Thätigkeit der wissenschaftlichen Juristen ist, und daß im Strafrecht, wo hauptsächlich der Richter der Uebende ist, diese Thätigkeit aus diesem Grunde eine weit größere Bedeutung zu haben scheint. So lange die Richter im Gerichtsgebrauch die Normengeber und Normengehorcher in einer Person waren, war die Arbeit der Analogie eine wahrhaft gewohnheitsrechtliche (dies beweist z. B. das römische Recht und die CCC.). Somit wie der Gesetzgeber sich vom Richter trennte, mußte die legislatorische Thätigkeit der Analogie aufhören. Der Richter findet im Strafrecht gar nicht, wie im Civilrecht, Lebensverhältnisse vor, die eine Rechtsprechung verlangen. Die Frage, ob von ihm eine Handlung zu bestrafen sei, tritt nur an ihn heran, wenn der Imperativ des Gesetzes schon gegeben ist. „Wird sie gleichwohl aufgeworfen, so läßt sich auch eine Antwort darauf in den Gesetzen finden"[2]). Die Frage, ob ohne Gesetz eine Handlung zu bestrafen sei, kann auch aus dem Grunde gar nicht an den Richter

---

[1]) Ich erwarte hier nicht wieder den Einwand, daß das Gesetz ja die Lücken nicht ergänzen können wolle. Er ist für unsere Zeit, wie gezeigt ist, hinfällig.

[2]) Merkel in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Seite 81.

Digitized by Google

herantreten, weil er nach der Verfassung die garantirten Güter, Leben, Freiheit, Ehre ꝛc. ja zu schützen hat, die Strafe aber kein Schutz sondern ein Uebel d. h. die Wegnahme eines sonst garantirten Gutes ist.

Nach § 2 des Strafgesetzbuchs ist nun ausdrücklich[1]) die Bestrafung einer jeden Handlung ausgeschlossen, mit welcher keiner der im Gesetze genannten Verbrechensbegriffe sich deckt. Demnach ist die rechtschaffende Thätigkeit der Analogie im Strafrechte gleich Null.

Dennoch wird in der jetzigen Literatur noch in dreifacher Weise eine Thätigkeit der Analogie angenommen.

Merkel schreibt ihr das Recht zu, „Lücken auszufüllen“[2]). Das könnte nur der Fall sein, wenn der Gesetzgeber den Imperativ gibt, ohne ihn auszufüllen; der Imperativ selbst muß gegeben sein, denn kein Richter darf ihn heut geben. Eine Lücke soll für die Rechtsanwendung vorliegen, wenn die Durchführung von Rechtsvorschriften die Entscheidung einer principiellen Frage voraussetzt, welche innerhalb des positiven Rechts sich nicht entschieden findet[3]). Ich bin jedoch Schwarzes Ansicht, und meine, daß der Gesetzgeber, wenn er eine Handlung nicht für strafbar erklärte, den Willen aussprach, daß sie nicht strafbar sei[4]). Zudem fehlt es an unausgefüllten Imperativen im Reichsstrafrecht, und lägen sie vor, so könnte eben nur die Gesetzgebung in Folge von § 2 des Gesetzbuchs den Fehler corrigiren.

Meyer nennt im Gegensatze zu meiner Auffassung den § 2 eine „inconsequente Vorschrift“[5]). Aus diesem Grunde will er ihn nicht auf strafrechtliche Nebenbestimmungen, insbesondere nicht auf Schuld-Ausschließungs- sowie Milderungsgründe beziehen. Ich sehe für diese wohl etwas gewagte Modificirung des Paragraphen keinen Grund[6]), da ich ihn nicht nur nicht für inconsequent, sondern für selbstverständlich halte[7]).

---

[1]) Man kann mit Merkel annehmen, daß der Paragraph etwas Selbstverständliches normirt (Merkel loc. cit. Seite 82). — Im Civilrecht verlangt das Lebensverhältniß ev. eine rechtliche Lösung. Im Strafrecht richtet sich ein besonderer Imperativ bei jeder Norm an den Richter; hier soll er ein Uebel zufügen, dort ein Lebensverhältniß rechtlich ordnen. Aus diesem Grunde ist im Civilrecht der Ausschluß der Analogie nicht selbstverständlich.

[2]) loc. cit. Seite 76.

[3]) loc. cit. Seite 77.

[4]) Schwarze, Commentar Seite 29.

[5]) Lehrbuch Seite 93.

[6]) Ebenso Merkel loc. cit. Seite 83.

[7]) Ueberaus bedenklich ist es auch, daß sich „über die einzelnen Fälle“ die nach der gegnerischen Ansicht möglich, sind, „streiten läßt“, (Meyer, Lehrbuch Seite 93 Anm. 9). Imperative der Strafe müssen heut unbestreitbar sein! Selbst bei fehlerhaften Gesetzen, wie bei den Normen über Nothstand, ist nur von der Gesetzgebung Hülfe im Strafrecht zu erwarten (A. M. Binding, Grundriß Seite 57. Cf. meine Commissivdelicte d. U. Seite 388), und energisch zu befürworten.

Digitized by Google

Binding geht bei der Lehre über die Analogie, wie vielfach, in geistvollster Weise seine ureigene Bahn. Er sagt, die Gesetzesanalogie sei im G. B. § 2 ausgeschlossen nach dem Satze: nulla poena sine lege poenali.[1]) Im Uebrigen sei aber die Analogie auf dem Gebiete des Strafrechts ebenso statthaft als unentbehrlich.[2]) So sehr diese Ansicht an Andere anklingt, zeigt sich doch bei der näheren Ausführung eine gänzliche Verschiedenheit von den anderen Autoren. Er stellt zum Gesetz den Gegensatz: „ungesetztes Recht" auf[3]) und zählt zu diesem die Analogie.[4]) Allein sein „ungesetztes Recht" ist nicht mein Gewohnheitsrecht, sondern ein dritter, selbständiger Begriff neben den beiden Anderen (Gesetz und Gewohnheit). Das Gesetz soll nach ihm implicite erklären können, daß ein Satz, der nicht im Gesetz formulirt ist, dennoch als Rechtssatz anerkannt werde. Der Gesetzgeber hat das analogische Recht nicht als solches nicht gedacht, sondern nicht ausdrücklich ausgesprochen, vielmehr durch eine concludente Handlung, das Gesetz, seinen Willen erklärt.[5]) Diese Annahme hängt damit zusammen, daß Binding in der Gewohnheit concludente Handlungen sieht.[6]) Ich muß beiden Annahmen widersprechen. Die Gewohnheit ist eine unbewußte Macht, an die Andere, die sie nicht üben, durch den Rechtstrieb sich gebunden fühlen. Sie enthält keine bewußte Willenserklärung, also auch keine concludente.[7]) Das Gesetz setzt bewußt die Norm, es weiß, was es will, mithin darf man nicht sagen, daß der Gesetzgeber etwas bewußt gewollt, aber nicht ausgesprochen habe. Der bewußte Wille muß sich im Gesetzeswort äußern. Im Leben kann ich durch einen Wink befehlen, das Gesetzes-Recht kennt diese concludenten Befehle nicht, es fordert Wortäußerung.[8]) Diese Forderung liegt im Wesen des Rechts.[9]) Demnach finde ich in den drei angeführten Theorieen keinen überzeugenden Grund, die meine zu modificiren. — Weil ich den Ein-

---

[1]) Der Satz gilt allerdings für die Analogie. Ein Ausschluß der Gewohnheit ist in ihm nicht ausgesprochen. Er sagt: Keine Strafe ohne gesetzten Imperativ! Versteht aber unter „Setzen" auch die Satzung der Gewohnheit.

[2]) Binding, Grundriß Seite 43.

[3]) Das Gewohnheitsrecht kann man sehr gut ungesetztes Recht nennen.

[4]) Normen I, Seite 70.

[5]) Windscheid, Pand. 1 Seite 61 Anm. 8.

[6]) Normen I, Seite 69.

[7]) Eine unbewußte Macht äußert sich in der unbewußten Gewohnheit, sie ist in und mit derselben da. Die Gewohnheit ist weder ausdrückliche noch concludente Willenserklärung, sondern unmittelbar das Recht, und nichts als das Recht.

[8]) Windscheid fragt mit Recht: „wenn der Gesetzgeber sich dessen bewußt war, daß er auch dieses (das analogische Recht) als Recht wolle, aus welchem Grunde hat er es dann nicht ausdrücklich ausgesprochen?" loc. cit. Seite 61, Anm. 8.

[9]) Ganz anders liegt der Fall Bindings, wo durch das Strafgesetz, durch die Bundesverfassung, der Bund über Angriffe auf sich Normen gibt. Binding sagt selbst, daß hier von Analogie keine Rede sei (Normen I. Seite 70).

Digitized by Google

fluß der Analogie im Strafrecht überhaupt negire, habe ich hier nicht auf den Unterschied zwischen der Gesetzesanalogie und der Rechtsanalogie[1]) einzugehen.

§ 9.

Die Auslegung des Strafrechts.

Das geschriebene wie das gesprochene Wort drückt den Willen im Recht aus, dem Willensausdruck aber müssen nach der Natur des Menschen logische Gedanken-Operationen begrifflich vorausgehen. Wer den Willen erkennen will, muß ihn mit den Gedanken erfassen. Die Gedanken selbst sind unerkennbar, aber die Art der Willensäußerung läßt auf sie schließen, weil wir vom Menschen auf die Menschen schließen dürfen. Sind die Gedanken vor dem Willen erklärt oder gar aufgezeichnet (Motive), so sind diese bei der Erfassung des Gesetzes zu benutzen.

Der norddeutsche Bund will Unternehmen gegen seine Existenz nach Maßgabe der in den Bundesstaaten bestehenden Gesetze bestraft wissen, nach welchen eine gleiche Handlung gegen den einzelnen Bundesstaat zu richten wäre. (Verf. A. 74). Es liegt aber in der Strafdrohung das Verbot der Angriffe. (Binding loc. cit. Seite 68). Allerdings findet sich das Verbot erst durch logische Construction (und das ist ein Fehler der Gesetzgebung!), aber es ist doch im Gesetz und nicht durch das Gesetz (in Bindings Sinne) verboten. Den Fall, wo der Gesetzgeber der Logik die Möglichkeit gibt, seinen schlecht ausgedrückten Willen zu verstehen, zähle ich nicht zum „ungesetzten" Recht. Auch wäre das nach meiner Theorie ja nur dann Recht, wenn es Gewohnheit wäre, und hieraus folgt wiederum, daß es im Strafrecht nicht gelten könnte.

[1]) Den Unterschied gefunden zu haben, bleibt v. Wächters Verdienst. Die Wortausdrücke sind allerdings eingeführt von Grolmann (v. Wächter im Arch. des Cr. N. F. 1844 Seite 417 Anm. 4). Aber „der Sache nach" hat v. Wächter, wie er selbst sagt, den Unterschied begründet, während bei Grolmann die eingehende Begründung fehlt. (Grundſ. des Criminalrechtsw. § 127 und 129). — Gesetzesanalogie ist nach v. Wächter die Anwendung eines bestimmten einzelnen Gesetzes oder einer Gewohnheitsnorm (l. 32 D. de leg.) auf eine übergangene unentschiedene Frage (D. 1. 3. d. leg. l. 12, 13, 27, 32 pr. P. G. O. Art. 104, 105). Das Recht wird dadurch in consequenter Weise fortgebildet und es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Fall auf gleiche Weise entschieden haben würde, wenn er an ihn gedacht hätte. — Rechtsanalogie liegt dagegen nach v. Wächter dann vor, wenn kein analoges einzelnes Gesetz vorhanden ist, und nun „nach dem Geist des bestehenden Rechts", nach der „Analogie des gesammten positiven Rechts", nach der „positiv-rechtlich gebildeten Natur der Sache" und „dem Geiste des bestehenden Rechts überhaupt und den demselben zu Grunde liegenden allgemeinen Principien" entschieden wird (C. 1, 17 de vet. jur. enucl. cst 2 § 18 a. E.). v. Wächter findet darin die aequitas, d. h. „die aus dem Geiste des positiven Rechts abgeleiteten Principien der alle Verhältnisse beachtenden Gerechtigkeit."

Digitized by Google

Für das Strafrecht gilt nun nur der ausdrückliche aufgeschriebene Wille, nur der Imperativ, wie er im Gesetzwort seine bestimmte Fassung gefunden hat. Die Güter des Lebens sind durch die Imperative der Verfassung geschützt. Um den Schutz aufzuheben, bedarf es eines klaren deutlichen Imperatives, denn es ist eine schwere Verantwortung, die der Gesetzgeber übernimmt, wenn er die Lebensgüter nicht nur nicht schützt, sondern sie nimmt und ein Strafübel zufügt. Daraus folgt, daß im Strafrechte niemals die Auslegung in Analogie übergehen darf, denn die analogen Imperative sind nicht gesetzt und nicht gewollt. Wir haben daher die Auslegung hier auf das schärfste von der Analogie abzugrenzen.[1]) Hier müssen wir nun auf eine Eigenthümlichkeit des geschriebenen Willenswortes zurückgreifen. Spricht ein Mensch seinen Rechtswillen aus, so kann ich ihn fragen, was er eigentlich will. Allein im Rechte bleibt das Wort der Pfeil, der abgeschossen ist und nun selbständig weiter wirkt. Der Schütze kann ihm keine andere Richtung mehr geben. Demnach kommt es schon bei dem gesprochenen Worte im Rechte lediglich darauf an, was der sprechende zu der Zeit wollte, als er sprach, und nicht auf spätere etwaige Willensänderungen.[2]) Daraus folgt, daß schon das Rechtswort eine vom Sprechenden ganz unabhängige und selbständige Natur und Wirkung erlangt.

Noch selbständiger wird der geäußerte Befehl in der geschriebenen Gesetzesnorm. Jedoch liegt in der Schrift wiederum eine gewaltige Gedächtnißhülfe, um den früheren Willen zu constatiren. Das geschriebene Wort, im Recht erst nach langer Ueberlegung geschrieben, und die Art der Niederschrift selbst und ihre Satzformen wecken stets die Erinnerung an die früheren Gedankengänge.

Fast ganz selbständig vom Willensäußerer wird das Gesetz nach der heutigen Verfassung. Hier hat das Gesetz „nicht die schalkhafte Absicht, den Richter zu einer Entdeckungsreise nach dem was der Gesetzgeber darüber „im Sinne hatte" einzuladen[3])". Das wäre auch nicht möglich, denn der heutige Gesetzgeber ist „ein vielköpfiges Wesen"[4]). Dieses vielköpfige Wesen operirt in den Parlamenten zuweilen mit Compromissen, mit anti- oder außer-nationalen also nicht rechtlichen Rücksichten[5]), eine Majorität zu gewinnen, die für das Recht stimmt. Und nun denke man sich in die Seele dieser oft rein zufälligen Majorität, in die „Seele des deutschen Gesetzgebers" hinein, wie die schöne Phrase lautet. Was würde man finden, wenn das möglich wäre? Oft

[1]) Merkel in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Privatrechts II. Seite 68.
[2]) Sonst wäre jeder Vertrag unmöglich! Diese selbständige Natur des gesprochenen Vertragswortes übersieht meines Erachtens Schloßmann (der Vertrag, 1876).
[3]) Merkel loc. cit.. Seite 73.
[4]) Merkel loc. cit. Seite 70.
[5]) Ich sage „also", denn es gibt nur nationales Recht.

Digitized by Google

Gedanken an das, was durch das Gesetz in einem späteren Reichstag als Gegengabe von den Gegnern zu erreichen ist, oft wohl auch sehr wenig juristische Gedanken, denn Laien können höchst selten legislatorisch denken. Sie können sich selten auf das Gesetz mit logischer Schärfe concentriren. Die gute Normirung der Gesetze, wenn sie da ist, danken wir anderen Kräften; der Aufbau des Gesetzes ist ja stets vorbereitet in der von Juristen gegebenen Vorlage und verdankt im Reichstage wohl meist die gute Fassung der Arbeit von Juristen in den Commissionen. Ich sage mit Merkel „im Gesetze verkörpert erlangt die gesetzgeberische Willensäußerung eine gewissermaßen selbständige, von ihrem Urheber und dem geistigen Hintergrunde, aus welchem sie bei ihm hervortrat, losgelöste und unabhängige Existenz, welche zunächst aus sich selbst und aus dem Zusammenhange beurtheilt sein will, in welchen sie sich einfügt"[1]). Dazu kommt daß, wenigstens sicher in Preußen, der Regent das Oberhaupt der gesetzgebenden Gewalt ist[2]). Die Genehmigung und Sanktion des Königs ist in Preußen das eigentlich entscheidende Moment[3]), die Publication ist ein nothwendiger Bestandtheil der Entstehung eines Gesetzes, und diese befiehlt der König (Art. 45 d. P. V.)[4]). Nun ist allerdings im Reichsrecht in Folge der Mehrheit der Regierungen (Bundesrath) das Verhältniß ein anderes, aber soviel ist m. E. sicher, daß erst mit der kaiserlichen Ausfertigung und Verkündigung (Reichsverf. Art. 17) das Gesetz den von der zufälligen Majorität der Parlamente losgelösten, selbständigen Charakter als normirter Staatswille, und nicht Majoritätswille, bekommt. Ich weise auch auf die guten Ausführungen Meyers hin (Lehrbuch, Seite 91). Er sagt, es käme bei den Motiven zunächst darauf an, ob sie die wahre Meinung des Bundesraths ausdrücken, und sodann darauf, ob anzunehmen ist, daß ihnen der Reichstag zustimmte. Das erstere Erforderniß ist leicht zu prüfen, das letztere schwer. Commissionsberichte können hier Klarheit geben. Aber die Reden Einzelner vor der Abstimmung können ganz unmöglich den Grund der Zustimmung erklären. Wer sagt uns, ob der Einzelne die Ansicht der bunt zusammengesetzten Majorität ausspricht? Doch wohl nicht etwa der in den Zeitungen berichtete „Beifall" oder das „Murren" und „Zischen", und wie die höchst sonderbaren modernen Willensäußerungen alle heißen?

Nicht den Gedanken des Gesetzgebers, sondern den Inhalt des Strafrechts hat der Richter festzustellen![5]) Und diesen Inhalt gibt ihm

---

[1]) Merkel loc. cit. Seite 71.

[2]) H. Schulze, Preuß. Staatsrecht II., Seite 221.

[3]) H. Schulze loc. cit. Seite 222.

[4]) H. Schulze loc. cit. Seite 223.

[5]) Merkel loc. cit. Seite 72.

Digitized by Google

zunächst die Logik und die Rechtswissenschaft[1]). Was „Beleidigung" ist, können uns doch wohl die damaligen Parlamentarier nicht sagen[2]).

Erst, wo uns Logik und Wissenschaft im Stiche lassen, z. B. bei Mehrdeutigkeiten, haben wir auf die Vorgeschichte des Gesetzes einzugehen. Hier ist das frühere Recht, hier sind die sog. Motive des neuen Rechts von Bedeutung. Imperative kann aber die Vorgeschichte nicht geben, denn sie gibt Gedanken und keine Rechtswillenserklärungen. Findet daher ein Motiv im Gesetz gar keinen Ausdruck, so ist es für das positive Recht ohne jede Bedeutung.

Redactionsversehen müssen meines Erachtens durch die Gesetzgebung corrigirt werden. Hier kann weder Logik noch Wissenschaft helfen, denn der Imperativ ist so befohlen, wie er da steht.

Druckfehler sind von competenter Seite zu berichtigen. Es ist wünschenswerth, einem Organ ausdrücklich das Recht dazu zu geben. Der falsch gedruckte Imperativ kann nach seiner Correctur nicht mehr binden[3]).

Daß reine Schreibfehler bei der ernsten Arbeit der Gesetzgebung, die kein Verschreiben zuläßt, vorkommen, dürfen wir nicht annehmen.

Die sogenannte grammatische und logische Auslegung ist im Imperativ des Gesetzes mitgeboten. Die Sprachgesetze sind uns im ewigen Erbrecht überliefert; somit wie ich einem Andern etwas befehle, befehle ich ihm meinen Imperativ nach den Sprachgesetzen zu verstehen. Aeußere ich einen Gedanken, so kann es von Interesse sein, meine nichtgeäußerten Gedanken zu vermuthen. Aeußere ich aber einen Willen, so ist die Aeußerung allein Ausdruck des Willens, und das ist in der Rechtsnorm der Fall.

Es ist aber auch die logische Auslegung im Imperativ geboten. Der Gesetzgeber mußte nachdenken um das Gesetz zu geben. Er befiehlt

---

[1]) Merkel loc. cit. Seite 72.

[2]) Indem der Gesetzgeber einen Begriff nicht definirt, will er auf Logik und Wissenschaft hinweisen. Wenn ich jemandem befehle nicht zu beleidigen, so befehle ich ihm hiermit, zuerst den Begriff „beleidigen" zu erfassen, und, da ich ihn nicht definire, sich beim Sprachgebrauch, bei Logik und Wissenschaft danach zu erkundigen. Dieser Befehl ist geradezu gesetztes Recht.

[3]) Ueber die Literatur cf. Binding, Grundriß, Seite 42. Einige Redactionsversehen wurden durch das Gesetz vom 26. Februar 1876 beseitigt durch neue Imperative. Meyer nimmt an, daß sie in „beschränktem Maße (?)" durch Auslegung zu beseitigen seien. (Lehrbuch, Seite 91, Anm. 4). „Wirkliche Druckfehler" seien durch einen Abdruck des Gesetzes zu verbessern (Lehrbuch, Seite 92 Anm. 4). Dann muß aber der Imperativ beigefügt sein, daß der alte Druck nicht gilt. — Der zuweilen vorkommende Befehl, Redactionsversehen für Druckereiversehen anzusehen, ist höchst bedenklicher Natur. — Daß die neuere Zeit diesen Fragen näher tritt, liegt in der Thatsache, daß im Strafrecht nur noch das Gesetz und dessen Willensausdruck das Recht normirt.

Digitized by Google

dem Richter nachzudenken, um es anzuwenden. Das liegt schon in der Willensäußerung selbst, denn nur durch logisches Denken können wir logische Gesetze verstehen. Einen Ruf kann ich bloß hören, einen Wunsch kann ich vernehmen und brauche nicht nachzudenken, denn „er geht mich nichts an", aber ein Gesetzeswille „geht mich an", und damit er in mein Ich hinein „gehe", muß ich dem mich angehenden Willen mit logischem Denken zu Hülfe kommen. Andernfalls berührt er nur das Trommelfell, er „geht zu einem Ohre hinein und zu dem andern hinaus", er trifft mein Ich nicht.

Die extensive Auslegung ist nicht mehr geboten als die restrictive, und diese nicht mehr als jene. Der Sinn des Gesetzes ist voll zu erfassen! Diese Regel enthält die ganze Auslegungsweisheit im Strafrecht.

Dennoch ist oft von dem Satze die Rede, „in dubio mitius". Er klingt so mild und freundlich, daß er als gute Regel gelten zu können scheint, aber ist ganz selbstverständlich und durchaus unnöthig. Er ruht wie der Satz des Rechtsprocesses „in dubio pro reo" einfach darauf, daß nur dann Strafe erfolgen kann, wenn die Schuld bewiesen ist. Der „Zweifel" an der Schuld schließt den Beweis und die Strafe aus. Wichtiger war der Satz zu einer Zeit als der Richterstand im Gerichtsgebrauch noch der Normengeber und der Normengehorcher in einer Person war. Jetzt, wo nur zu strafen ist, wenn der Gesetzgeber befiehlt, gehört der Satz zu dem entbehrlichen Urväterhausrath der Rechte.

Von gewohnheitsrechtlicher Auslegung kann im Strafrecht jetzt nicht die Rede sein, denn die Gewohnheit ist hier keine Quelle mehr.

Schon Grolman erkennt klar den Unterschied des Gerichtsgebrauchs im Civilrecht und im Strafrecht[1]). Der Verbrecher kann sich nicht darauf berufen, daß er wie die Vorgehenden gestraft werden müsse[2]). Der Richter ist Diener des Gesetzes[3]). Freilich geräth Grolman durch den Standpunkt seiner Zeit wiederum in die Irrlehre von der stillschweigenden Genehmigung[4]) des Gesetzgebers; wenn diese gewiß ist, so hat der Gerichtsgebrauch nach seiner Ansicht Autorität[5]).

Für das heutige Recht spricht Berner mit klaren Worten das

---

[1]) Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung, 1798, I. Seite 175.
[2]) loc. cit. Seite 176.
[3]) loc. cit. Seite 178.
[4]) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft 4. Aufl. 1825 Seite 132.
[5]) Magazin loc. cit. Seite 179. — Alle Irrthümer Grolmans erklären sich nach meiner Ansicht aus dessen Stellung zu Fichte (Seite 4 loc. cit.). Ihm gilt sein Wort: „Te sequar veritas! — tua semper vestigia premam!" (Motto des Magazins). Fichtes Lehre aber muß zum Vertragsstaat mit allen seinen Consequenzen führen. Hier zeigt sich wieder einmal, wie nöthig es ist, den Einfluß der Rechtsphilosophie zu beachten!

Digitized by Google

Richtige aus[1]). Auch die Entscheidungen des Reichsgerichts besitzen nicht die Kraft authentischer Auslegung, denn sie befehlen für den einzelnen Fall, befehlen aber keine objective Rechtsnorm. Der „wahre Sinn des Gesetzes" allein ist der Befehlshaber.

Eine authentische Auslegung seitens des Gesetzgebers hat allerdings Kraft, aber nicht als Auslegung sondern als neuer Imperativ. Der frühere Imperativ bleibt irreparabel. Niemand kann befehlen: ich will, daß ich früher etwas Anderes gewollt habe!

§ 10.

Die Fassung des Strafgesetzes.

Die Erscheinung des Strafgesetzes ist heut noch dieselbe, wie zur Zeit des Gewohnheitsrechts: Normimperativ und Strafimperativ sind unlösbar verbunden. Da es aber, wie ich früher gezeigt habe, jetzt nackte Normen giebt, so fragt es sich, ob es sich empfiehlt, diese Normenform für das Strafrecht anzuwenden.

Schon das Nichtbestehen oder sehr verschwindende Bestehen im Strafrecht (das Heim dieser Norm ist das Staatsrecht) zeigt, daß dieselben nicht am Platze sind, denn ich nehme an, daß auch die Gesetzgebung dem Entwickelungsgesetz unterliegt und sehe in ihren Resultaten nichts Zufälliges. Binding hat indessen eine Aenderung so energisch befürwortet, daß auch seine Vorschläge zu prüfen sind, umsomehr als wir ihm die Normentheorie danken.

Ich sehe, wie erwähnt, im Dekalog ein Sittengesetz und kein Rechtsgesetz in unserem Sinne. Und ich nehme an, daß auch noch heut für das Strafrecht die Moral die nackten Normen geben muß. Der Einwand, daß es kein Moralgebot sei, z. B. seine Straße zu fegen, ist leicht dadurch zu beseitigen, daß es ein Moralgebot ist, allen Gesetzen der Obrigkeit zu gehorchen, soweit sie nicht selbst die Moral verletzen.

Ich sehe aber auch in der Römischen Formulirung keinen Vortheil. Stellt man, wie in Rom, heut das Verbot voran und faßt das Gesetz etwa so: „Ihr sollt nicht tödten, wer mordet wird mit dem Tode bestraft", so zeigt Binding anderwärts selbst (Normen I § 8: die Norm eine Regel mit Ausnahmen), daß dann zahlreiche Ausnahmen hinter das Verbot zu setzen sind (Notwehr, Krieg)und daß in anderen Fällen das Verbot nicht so intensiv die Tödtung strafen will, wie beim Mord (Todtschlag, Einwilligung, Kindsmord). Diese Ausnahmen schwächen aber die Majestät des Verbots. Es scheint mir daher besser zu sein, sich für das schwere Unrecht, das ja meist ein unmoralisches ist, auf die Moralgebote zu verlassen,

[1]) Lehrbuch Seite 80.

Digitized by Google

mit denen die Kinder zu erziehen sind. Die Moralgebote donnern: Du sollst nicht! Sie kümmern sich nicht um die Ausnahmen des Rechts, sie kennen kein „aber". Bei Polizeigesetzen halte ich die nackte Voranstellung der Norm für angebracht, denn diese kennt die Moral nicht. Auch bei einzelnen Specialgesetzen, wie beim Kriegs- und Soldatenrecht, halte ich sie für sehr am Platze. Hier sind die Pflichten dem Rechtstrieb noch ganz ausdrücklich einzuschärfen. Ich billige also im Gegensatze zu Binding[1]) in dieser Hinsicht den Standpunkt der heutigen Gesetzgebung in den meisten Stücken.

§ 11.

Die Aufgaben der Strafrechtsgesetzgebung.

Die Strafgesetzgebung hat fortdauernd das werdende Recht zu normiren. Wo ein neues Lebensverhältniß entsteht[2]), muß sie schnell dasselbe schützen, wenn ein Schutz nöthig ist. Dagegen muß sie sorgfältig prüfen, ehe sie ein Strafgesetz für ein bestehendes Lebensverhältniß ändert, denn die Imperative verlieren an Kraft und Bedeutung, wenn sie zu oft geändert werden.

Wiederum darf sie aber ihr Ohr dem werdenden Rechte nicht verschließen. Denn der Gerichtsgebrauch kann dem werdenden Rechte nicht mehr gerecht werden, weil der Rechtstrieb im Strafrecht jetzt nicht mehr die Gewohnheit schaffen und ihr gehorchen will. Beim ewigen Stillestand der Gesetzgebung wäre also eventuell ein Zustand zu erwarten, der für die Beamten zuletzt kaum zu ertragen sein würde. Wir brauchen uns aber mit dieser Besorgniß gar nicht zu tragen, denn auch die Gesetzgebung steht unter dem Entwickelungsgesetze. In Folge des Rechtstriebes wird sie stets die nöthigen Gesetze für das neue Recht geben.

Um in der Gegenwart herauszufühlen, wo das werdende Recht ein Gesetz verlangt, bedarf es einer zweifachen Thätigkeit seitens der Gesetzgebung und der Wissenschaft. Einmal müssen beide mit dem Leben selbst die engste Fühlung halten, um dessen Stimme zu hören, dann müssen sie die Forderungen des Lebens sehr streng prüfen, um zu erkennen, ob sich in denselben einseitiger Egoismus, einseitiges Parteiinteresse, und wie die dem objectiven Recht feindlichen Mächte heißen, geltend macht. Erkennen sie, daß dies nicht der Fall ist, sondern daß allseitig oder von der das Lebensinstitut zunächst tragenden Seite[3])

---

[1]) Normen I Seite 66.

[2]) Wenn z. B. das Leben Schutz gegen die Nahrungsfälscher verlangt.

[3]) Ich meine die modernen Stände. Das Lebensinstitut der Krankenheilung trägt z. B. zunächst der Stand der Aerzte.

Digitized by Google

eine neue Norm verlangt wird, so sind Vorschläge de lege ferenda zu machen. Die Wissenschaft kann und soll freilich diese Vorschläge nicht verwirklichen. Da aber in unseren schönen und hellen Tagen des deutschen Staatslebens die Gesetzgebung mit dem Leben ebenfalls die engste Fühlung hat und ebenfalls die Forderungen desselben eingehend nach der angegebenen Richtung hin prüft, so treffen die Vorarbeiten dieser meist mit den Arbeiten der Wissenschaft zusammen, und beide gehen schließlich bei der Formulirung des Gesetzes Hand in Hand.[1])

Ich will dies an zwei Lebensinstituten zeigen, bei denen entschieden werdendes und ein baldiges Gesetz verlangendes Recht hervortritt.

Einmal ist dies der Fall bei dem Lebensinstitut der Krankenheilung. Hier fordert das Leben, zumeist der Träger des Instituts, der Stand der Aerzte, entschieden Strafnormen.

Die Kurpfuscherei wird von der Wissenschaft mehr und mehr als straffällig anerkannt, und bekanntlich hat die Gesetzgebung sich seit längerer Zeit mit der Frage beschäftigt; und mit Recht, denn neben das berechtigte Standesinteresse der deutschen Aerzte tritt das Staatsinteresse an dem Wohle der jetzt dem Betruge, dem Annoncenschwindel, der gefährlichen Unkenntniß ausgesetzten kranken Staatsbürger. Es kann nur eine Frage der Zeit sein, wenn die Forderungen des Lebens, der Wissenschaft, der Regierung, das werdende Recht hier zur Gesetzesnorm gestalten.

Zweitens tritt werdendes Recht zu Tage bei dem Lebensinstitut der Thierbenutzung. Die Thiere haben Leben, sind Organismen und empfinden ganz wie wir den Schmerz, wie sie ja selbst ein warmes Gefühl für die Liebe der Menschen haben. Nun ist der Staat nicht nur eine Assecuranzanstalt der menschlichen Freiheit, sondern hat alle Zwecke des Lebens zu verwirklichen, und darf sich auch äußeren ethischen Anforderungen durchaus nicht verschließen; er gibt zu diesem Behufe ein Recht im weiteren Sinne. Allein was die Thierquälerei betrifft, so ist bislang, hauptsächlich durch die irrige Behauptung, daß das Recht nur das Verhältniß vom Menschen zum Menschen regele,[2]) das Verhältniß zur Thierwelt in bedauerlicher Weise vom Gesetz verkannt worden. Denn der § 360, 13 ist völlig ungenügend; schon seine Stellung neben dem ruhestörenden Lärm und dem groben Unfug zeigt, wie sehr man die Wichtigkeit dieser Strafnorm, die zu den Vergehen gehört, verkennt. Nur des Aergers des Mitmenschen wegen ist das Thier

[1]) Bei der endgültigen Formulirung dürften freilich Abänderungen erwünscht sein; nur ein Jurist kann die juristische Form geben, nachdem der Inhalt der Norm feststeht.

[2]) Selbst ein Kant behauptet irrig, wir hätten gegen Wesen, die unter sich weder Recht noch Pflicht haben (Thiere), kein rechtliches Verhältniß. Allein er kennt den modernen Staat nicht! (Metaph. der Sitten, bei v. Kirchmann Seite 44).

Digitized by Google

geschützt („öffentlich“ „in Aergerniß erregender Weise“ cf. auch Trendelenburg, Naturrecht Seite 202) und das Quälen muß ein „boshaftes“, das Mißhandeln ein „rohes“ sein, um strafbar zu sein. Das Thier ist aber nach unserer jetzigen Anschauung als Lebewesen um seiner selbst willen zu schützen, und wer es quält, handelt stets boshaft, wer es mißhandelt, der „handelt“ stets „roh,“ was ja schon in der Silbe „miß“ liegt.[1]) Daß aber das Leben das Institut der Thiernutzung im anderen Sinne regeln will, zeigen uns die deutschen Thierschutzvereine, welche Belohnungen für gute Behandlung der Thiere geben, und auf den Rechtstrieb vertrauend die nackte Norm: Mißhandele das Thier nicht! dem Volke immer wieder einprägen, die nach meiner Theorie aber jetzt erst dann allseitig wirken kann, wenn sie vom Gesetz gesetzt wird und im Falle der Uebertretung bestraft wird. Die Wissenschaft ist längst über die Fehler des § 360, 13 einverstanden, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß in Folge des herrschenden Gesetzes sich noch arge Irrthümer finden, So meint Schwarze[2]) gar, das bloße Unterlassen, z. B. das Nichttödten eines tödtlich verwundeten Thieres, gehöre nicht hierher, als ob die Theorie über die Commissivdelicte durch Unterlassung nicht auch auf diesem Fall Anwendung finden müßte! Die Gesetzgebung ist dem werdenden Recht entschieden nahe getreten, was ich als allbekannt voraus setzen darf.

So ist es denn auch hier nur eine Frage der Zeit, wann das werdende Recht zur Norm wird im deutschen Gesetzesparagraphen.

Und die deutsche Gesetzgebung kann gar nicht anders, sie muß nach dem Entwickelungsgesetz wirklich werdendes Recht normiren. Daß sie dies im Widerspruch zu sich selbst heut nicht wolle, daß sie den unzeitgemäßen Conflict mit der Gewohnheit herauf beschwöre, ist ein Gedanke, der uns heut zu Tage gar nicht mehr in den Sinn kommt; er ist undenkbar. Erst nach der Normirung dieses werdenden Rechts kann das Gesetz zur Tödtung der Thiere die rechte Stellung nehmen. Es kann zunächst Stellung nehmen zur Lehre der strengen Vegetarianer, welche jede Thiertödtung verbieten und behaupten, man brauche keine „Thierleichen“ zu essen.

Obwohl die Stimmen der Vegetarianer heut recht laut werden, sind sie doch in ihrer Uebertreibung nur Stimmen einzelner Fanatiker, die nicht Zeugniß von werdendem Recht geben können. Auch sprechen gute Gründe gegen den Vegetarianismus. Der menschliche Organismus bedarf des Fleisches! Diese vereinzelte Zeitrichtung darf daher das Gesetz völlig ignoriren; es ist nur darauf zu achten, daß bei der an sich

[1]) Die Sprache hat hier wieder einmal Recht. Sie macht keinen Unterschied zwischen Mißhandeln des Menschen und des Thieres, während sie beim Baumfrevel nur von „Frevel“ spricht und beim Anorganischen schweigt.
[2]) Commentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Seite 805.

Digitized by Google

zulässigen Tödtung der Thiere durch Fleischer oder Jäger keine unnöthigen Grausamkeiten geübt werden. Stellung ist ferner zu nehmen zur Tödtung der Thiere behufs wissenschaftlicher Zwecke. Diese ist streng auf solche zu beschränken; unnütze Quälereien durch Unkundige, wie sie beim Schmetterlingssammeln unreifer Schuljungen z. B. vorkommen, sind unzulässig. Hieran schließt sich die vielerörterte Frage nach der Zulässigkeit der Vivisection. Bei dieser Frage trat das werdende Recht, das Recht der Thiere auf Schutz, am meisten hervor, denn hier handelt es sich um die schwerste Qualzufügung gegen Schutzlose.[1]) Wie die Gesetzgebung jetzt liegt, kann von keiner Strafe die Rede sein. Irrig ist es aber, zu glauben, daß man jetzt von einem Nothstand reden könne, der die Vivisection entschuldige. Fehlen die Bedingungen: „öffentlich", „in Aergerniß erregender Weise", „boshaft" und „roh" (§ 360, 13) so liegt keine Uebertretung vor, und diese werden meist fehlen, denn in den nicht „öffentlichen" Sälen werden von Männern der Wissenschaft nicht „boshafte" Quälereien vorkommen, und Männer der Wissenschaft werden an dem zu wissenschaftlichen Zwecken zugefügten Leid wohl nicht Aergerniß nehmen. Anders steht es nach der Zeit der richtigen Normirung der Thierquälerei. Dann ist die Vivisection strafbar, denn unsere Organisation kann nur das Fleischessen nicht aber das Qualenzufügen entschuldigen. Es liegt vielmehr dann, wenn die Thierquälerei nach dem werdenden Recht geordnet ist, ein Nothstand bei der Vivisection vor. Das Thier ist nur bedingt geschützt, wenn nicht wichtigere Intressen entgegen stehen. Aber dieser Nothstand ist von dem privaten Nothstand verschieden, denn er existirt für den Staat im öffentlichen Interesse der Krankenheilung, das wichtiger ist als der Thierschutz. Der Staat verkennt nicht die entsetzlichen Qualen der Vivisection, und wird sie normiren und auf das Nöthigste beschränken, aber die doch oft ebenso entsetzlichen Qualen des kranken Menschen, die nur doch jene Qualen beseitigt werden können, fallen für ihn um so viel schwerer in das Gewicht, als ein Menschenleben schwerer wiegt als ein Thierleben. Der staatliche Nothstand verlangt nun zu seiner Anerkennung ein Staatsgesetz, das nach der anderweiten Normirung der Thierquälerei nicht ausbleiben dürfte.

Für das werdende Recht der Strafimperative nenne ich die Zeitbewegung, daß Rohheitsverbrechen strenger bestraft werden sollen. Die Rohheit ist die unmittelbare Auflehnung gegen den sittlichen Geselligkeitstrieb, sie ist bestialisch. Kein Motiv der Selbstsucht, kein Motiv des Leichtsinnes liegt ihr zu Grunde, sondern das schändlichste Motiv

[1]) Leider vergessen aber die Gegner der Vivisection, die sich zum Theil von anderen Motiven leiten lassen, daß es fast ebenso nöthig ist, gegen das Taubenschießen, das Gänse-Stopfen, das Ansetzen lebender Krebse in kaltem, zu kochenden Wasser, das Froschkeulenabschneiden, und andere im Interesse des Sports und der Gutschmecker verübten Scheußlichkeiten einzuschreiten.

Digitized by Google

der Lust am Bösen. In der Praxis, die bei den Strafimperativen weiten Spielraum hat, werden bei den Verbrechen die Rohheitsmotive schon schwer in das Gewicht geworfen und wird ein roher Mensch schärfer bestraft als ein egoistischer oder leichtsinniger.

Ueberaus vorsichtig muß die Gesetzgebung gegen werdendes Recht sein, das eine ganz neue Art von Normen einführen will. Die Entschädigung unschuldig Verfolgter verlangt ganz neue Imperativsarten an den Staat und dessen Beamte. Aber das Recht ist noch tief in der Entwickelung begriffen und muß erst erstarken und sich im Kampf der Ansichten erproben, ehe die Gesetzgebung ihm nahe treten kann[1]).

---

[1]) Und dies um so mehr, als neuerdings gänzlich verfehlte und irrige Ansichten laut werden. Zu diesen zähle ich vor Allen die Ansicht des Rechtsanwalts Dr. L. Jacobi in Berlin („Wahrheitsermittelung im Strafverfahren und Entschädigung unschuldig Verfolgter". Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. 1883). Dies Buch geht von vornherein von falschen Voraussetzungen aus. Auch unser deutscher Strafprozeß ermittelt die Wahrheit von Amtswegen. Weßhalb übergeht denn Jacobi den § 158, in welchem auch der Staatsanwaltschaft, die nach seiner Darstellung kein Herz für den Verbrecher hat, die hohe Pflicht auferlegt ist, auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln? Seine Seitenblicke auf das vielgepriesene England sind bedenklich. Für den englischen Rechtssatz: „Der Vertheidiger dagegen kann Gründe vortragen, welche er nicht für richtig hält (sic!). Es ist Sache der Jury, zu entscheiden, ob sie richtig sind oder nicht", der geradezu eine Schmach ist, weil er dem vereideten Anwalt staatlich die Lüge gestattet, hat er kein Wort des Tadels, und die schändliche Einrichtung der Kronzeugen, die im wahrheitsliebenden Deutschland ganz unmöglich wäre, übergeht er mit Stillschweigen. Aber viel bedenklicher ist es, daß ein Autor es wagt, die Wahrheitsliebe unserer Behörden in einer Weise anzuzweifeln, die in dem Publicum den Glauben erwecken muß, als hätten Staatsanwälte und Richter den activen Verfolgungswahn! Der Vorsitzende soll durch das Gesetz Gegner des Angeklagten sein, im Nichtschuldigen sieht der Richter „einen verschmitzten Verbrecher, der sich nicht überführen lassen will" (Seite 15). Es wird nicht untersucht, ob ein Zeuge Glauben verdient (Seite 15. Als ob kein Gesetz bestände!) Wird der Angeschuldigte scheu und zurückhaltend, so wird sein Benehmen durch Registraturen als kompromittirend charakterisirt (Seite 17. Natürlich, denn der Schutzengel, der „Rechtsbeistand darf nicht zugegen sein", um den Angeklagten gegen den schlimmen Richter zu schützen, dem es nur darauf ankommt, ihn zu verderben). Alle diese kühnen Behauptungen, deren ich noch mehr anführen könnte, und bei denen man fragen muß, wo in aller Welt diese unfähigen Richter und Staatsanwälte leben? werden ohne jeden Beweis gelassen. An einer Stelle versucht der Autor einen Beweis, aber er fällt kläglich genug aus. Er nennt die statistischen Zahlen der Verurtheilungen und Freisprechungen, und sagt „es ergibt sich also eine nicht unwesentlich verschiedene Chance (wie beim Kartenspiel!) verurtheilt oder freigesprochen zu werden, je nachdem der Beschuldigte vor Schöffen, Geschworenen oder vor einer Strafkammer steht". (Seite 11 loc. cit.)

Gänzlich haltlos, wie der erste Theil seiner Abhandlung, ist auch der zweite. Daß eine „immer energischer hervortretende Bewegung der Geister" Entschädigung unschuldig Verurtheilter fordert, ist richtig, es tritt werdendes Recht zu Tage. Aber Schriften, wie die Jacobis, sind nicht geeignet, zur Normirung desselben etwas beizutragen.

Digitized by Google

Was die Imperative der Strafe betrifft, so hat die Gesetzgebung auf eine gut durchgeführte und doch allen Nebenzwecken genügende Straftheorie bei allen Gesetzen zurückzugehen. Diese hat ihr die Wissenschaft zu geben; nur dann kann die Wissenschaft die Strafimperative, die positiv gesetzt sind, wissenschaftlich erklären und ausbauen.

Bei dem Imperativ der Strafgesetze ist eine systematische Normentheorie als Grundlage unbedingt nöthig. Der Gesetzgeber muß die Normen kennen, systematisiren und organisiren. Auch hier ist nur die Wissenschaft seine Rathgeberin. Die Normen brauchen nicht genannt zu sein, sie ergeben sich aus dem Thatbestand des Strafgesetzes. Deshalb kann die Praxis und die Wissenschaft sie erfassen. — In dieser Hinsicht stimme ich Binding bei: „Ein technisch treffliches Strafgesetzbuch wird unmöglich gelingen, wenn sich nicht zuvor der Gesetzgeber seine Normen scharf formulirt hat.“[1])

[1]) Normen I, Seite 65.

Digitized by Google

III.

Die Quellen des heutigen, gemeinen deutschen Civilrechts.

Digitized by Google

§ 1.

Der Begriff des Gewohnheitsrechts.

Der Begriff des Gewohnheitsrechts ist nach römischem Rechte: das Recht, welches ohne vom Staate gesetzt zu sein thatsächlich geübt wird[1]).

Dieser Begriff ist von der römischen Gesetzgebung der Praxis und der Wissenschaft zur Ausbildung überlassen worden, ohne in die Form einer Definition gebracht worden zu sein, eine Klippe, welche die Römer[2]) wohlweislich vermieden haben[3]). Es finden sich nur die Ausdrücke consuetudo, mos, usus[4]) 2c., selten ist von dem Gewohnheitsrecht die Rede (ius moribus constitutum)[5]).

Die Römer sahen mit Recht in der Gewohnheit selbst die Thatsache des geltenden Rechts.

§ 2.

Der Grund der Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechts.

Windscheid sagt: In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft der Gewohnheit[6]). Meine allgemeinen Grundlagen des Rechts zeigen meine Abweichung von dieser Ansicht. Wenn durch dieselbe auch der große Irrthum beseitigt

---

[1]) Windscheid, Pand. I. Seite 42.
[2]) Adolf Schmidt: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht. Seite 11.
[3]) Von Ihering, Geist des römischen Rechts, 3. Aufl. I. Seite 43. „omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit. (l. 202 de R. J. 50, 17). Genügte die Definition, so könnte meine Abhandlung sich auf wenige kurze Paragraphen beschränken.
[4]) Cf. die Stellen bei Adolf Schmidt loc. cit. Seite 11 Anm. 1, 2, 3.
[5]) Adolf Schmidt loc. cit. Seite 12 Anm. 1.
[6]) Windscheid Pand. I. Seite 42. Anm. 1.

Digitized by Google

ist, daß die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers der Grund der Geltung dieses Rechts sei, der insofern ein Irrthum war, weil die stillschweigende Aeußerung des gesetzgeberischen Willens durch die Verfassung als unzulässig entschieden ausgeschlossen ist[1]), so vermag ich derselben doch in Betreff der Verwendung der Ueberzeugung beim Gewohnheitsrecht nicht beizutreten. Die Normen der Gewohnheit setzt das Gefühl und ihnen gehorcht das Gefühl. Die Ueberzeugung tritt erst beim Setzen des Gesetzes und beim Gehorsam gegen dasselbe zu Tage. Das liegt in der Entwickelung des Rechts.

Auch nach römischem Rechte ist der sittliche Geselligkeitstrieb und dessen Aeußerung in der, Gesetz oder Gewohnheit fordernden Wesensnorm die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts. Es liegt auch nach römischem Rechte vor der Gewohnheit kein Gewohnheitsrecht. Gegen diese Ansicht könnte erwidert werden, daß die Römer von einem tacitus consensus populi sprechen. Es ist in der That mehrfach von diesem die Rede, so in den Stellen:

§ 9 J. de jure nat. 1, 2.
§ 11 J. loc. cit.
l. 32, § 1 Dig. de legib. 1. 3.
l. 35 Dig. loc. cit.

und anderwärts

Allein der tacitus consensus populi, die tacita conventio civium soll nicht sagen, daß die Ueberzeugung stillschweigend in Allen herrscht, daß das was sie üben Recht sei, sondern weist auf den sittlichen Geselligkeitstrieb und die dritte Wesensnorm hin. Es wird nämlich in einer Stelle ausgesprochen, daß es nur die beiden Quellen des Gesetzes und der Gewohnheit geben könne.

Die wichtige Stelle lautet:

> nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine alio scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio (legislatoris (?),[2]) sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (l. 32 Dig. de legibus).

Das Recht ging nach der in der ersten Kaiserzeit herrschenden Ansicht vom Volke aus,[3]) und zwar in der Form der lex. Ja man

---

[1]) Windscheid, Pand. Seite 42 Anm. 1 und Seite 43.
[2]) Dies Wort ist wohl ein Glossem. Cf. Adolf Schmidt loc. cit. Seite 20 Anm. I.
[3]) Adolf Schmidt loc. cit. Seite 20.

Digitized by Google

schlug der Geschichte in's Antlitz und glaubte, auch für das viel ältere Gewohnheitsrecht bestimmen zu müssen, daß es Gesetzeskraft habe,[1]) ohne zu erkennen, daß dies ganz überflüssig sei. Denn eine solche Norm sprach ja nur die Kraft einer andern Norm aus, die allein Kraft genug besaß. Denn der Gewohnheit unterliegt auch die Staatsgewalt.

Nun wird dem suffragium nicht nur der tacitus consensus entgegengestellt, sondern auch die Uebung rebus ipsis et factis. Wenn diese beiden Dinge aber dem suffragium völlig gleich sind, müssen sie auch unter einander völlig gleich sein. Daraus erhellt, daß der tacitus consensus nur ein unklarer Ausdruck für das ist, was wir heute Uebung und Gewohnheit nennen.

Es kam den Römern nie in den Sinn, von einer Rechtsquelle der Ueberzeugung zu sprechen, die man auch anderweit erkennen könnte, wenn es nur neben Gesetz und Gewohnheit ein Drittes gäbe; die Wesensnorm mit ihren einzig möglichen Erklärungen des Rechtswillens lebte in ihrem Bewußtsein.

Vor der Gewohnheit ist also nach gemeinem Römischen Recht kein Recht vorhanden. Es gibt nicht nur kein Mittel, es zu erkennen, es ist vor dem Friedensschlusse der consuetudo überhaupt nicht da.

Ist nun im Römischen Rechte ausgesprochen, daß nicht die zeitliche Kraft der Gewohnheit die Norm der Gewohnheit schaffe, sondern der sittliche Geselligkeitstrieb?

Nein; die Römer waren ein Rechtsvolk, denen diese Dinge viel zu sehr in Fleisch und Blut lagen, als daß sie darüber hätten reflectiren sollen.

Ja auch die andere Wirkung des Triebes, das Gebundenheitsgefühl an den Friedensschluß der Gewohnheit trotz abweichender subjectiver Ueberzeugung, ist nicht in den Quellen ausgesprochen. Auch Windscheid (Pand. I. Seite 45 § 16 Nr. 1) und Adolf Schmidt (loc. cit. Seite 14) haben keine Stelle für die opinio iuris et necessitatis anzuführen. Letzterer sagt aber mit Recht, daß der Satz ius moribus constitutum für den Beweis der Rechtssubstanz der Gewohnheit genüge.

Auch in den Fällen, wo die Uebung erst allein da ist und dann die opinio necessitatis hinzutritt, ist es erst die Wirkung des sittlichen Geselligkeitstriebes, welche der sonst bedeutungslosen Gewohnheit die Rechtskraft gibt. Die „lange Zeit“ wirkt allein nur im subjectiven Recht (Verjährung); im objectiven Recht muß die Wirkung des Triebes hinzutreten. (Anders Windscheid Seite 43 Anm. 2 und Seite 44 loc. cit.).

---

[1]) Adolf Schmidt loc. cit. Seite 21.

Digitized by Google

§ 3.

Erfordernisse des Gewohnheitsrechts

Die Erfordernisse für das Gewohnheitsrecht theilen sich in zwei Gruppen.

A. Das Erforderniß der Gewohnheit.

Die Gewohnheit ist nach einer unbestimmbaren Anzahl von Uebungen vorhanden. Die Uebung, welche eine gewohnheitliche ist, muß folgende Eigenschaften haben:

1) Sie darf nicht vereinzelt dastehen, sondern muß auf vorangegangene Uebungen folgen.

2) Sie muß eine gewisse Dauer hinter sich haben, sich durch längere Zeit erstrecken.

Aus der Mehrheit folgt die längere Dauer begrifflich von selbst. Bei einem neuen Lebensverhältniß kann die Mehrheit in schneller Folge, also in kürzerer Zeitdauer die Gewohnheit erzeugen. Es kann aber auch, wenn das Verhältniß selten vorkommt, das seltene Vorkommen durch lange Zeitdauer ersetzt werden. Mehrheit und Dauer lassen sich nicht nach Zahlen bestimmen, weil psychologische Vorgänge nicht mit Raum und Zeit zu berechnen sind wie die Bewegungen in der äußeren Welt.[1])

Die Römer haben deßhalb ganz mit Recht weder eine bestimmte Anzahl von Uebungen noch eine bestimmte Zeitdauer gefordert.

Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke inveterata consuetudo (l. 32 § 1 D. de leg. 1. 3), diuturna consuetudo (l. 33 D. de leg.), longa consuetudo (l. 35 D. de leg.), per annos plurimos observata consuetudo (l. 35 D. de leg.), diuturni mores (§ 9. J. de iure nat. 1, 2) longaevus usus (l. 2 cod. quae sit longa cons. 8, 53) antiquitus probata consuetudo (l. 3 C. quae sit longa cons.).

Der Irrthum der Glossatoren und des canonischen Recht (c. 11 X. de cons. 1. 4, c. 3 in VI° eod. 1. 4) daß die consuetudo praescripta legitime oder canonice praescripta sein müsse,[2]) ist durch die Praxis beseitigt worden.[3]) So lange dies nicht der Fall war, gaben

[1]) Ueber die Begriffe „innere Welt," „äußere Welt," und die entsprechenden Begriffe „Vorgänge", „Bewegungen" cf. meine Commissivdelicte durch Unterlassung Seite 159 ff. und Seite 165 ff.

[2]) Cf. Hierüber Brinckmann, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrechte und Civilprozesse, Seite 10 ff.

[3]) Windscheid Pand. I. Seite 45 Anm. 1.

Digitized by Google

jene Stellen im römischen Sinne irriges[1]) aber geltendes, positives Recht. Jetzt steht ihre Beseitigung außer aller Frage.[2])

3) Die Uebung muß eine gleichförmige sein, d. h. sie muß gleichartige Uebungen vor sich haben, darf nicht durch entgegengesetzte Uebung aufgehoben werden.

4) Die Uebung muß eine continuirliche sein, sie darf nicht durch Nichtübung unterbrochen werden.

Auch diese Erfordernisse liegen im Wesen der Gewohnheit, actus uniformes, continui, non interrupti bilden dieselbe.

Auch hier können Zahlen sowenig gelten wie bei der Mehrheit der Handlungen,[3]) denn es handelt sich eben um Vorgänge in der inneren Welt. Einzelne Handlungen können die Continuität der Handlungen im Ganzen nicht unterbrechen. Die actus contrarii haben erst dann Bedeutung, wenn in ihnen eine neue Gewohnheit zu Tage tritt. Wann dies der Fall, kann nur der Vorgang der gewohnheitsmäßigen Uebung ergeben, bei dem keine Zahlen sprechen.

Die Römer enthalten sich hier wieder weise jeder Angabe von Raum und Zeit, Mehrheit und Dauer:

Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke: consuetudo tenaciter servata (l. 3 C. quae sit longa cons. 8,53) und consuetudo vetustissima et iugiter observata (l. 3. pr. C. 12,30)[4]).

---

[1]) Irrig im Römischen Sinn, denn die Verjährung gilt nur für subjectives, nie für objectives Recht.

[2]) Schon Brinckmann sagt: Theorie und Praxis haben sich dem Römischen Rechte und der Natur der Sache gemäß entschieden, daß sie es der richterlichen Prüfung überlassen, zu entscheiden, ob der Rechtssatz in Handlungen so lange geübt ist, daß er sich als Gewohnheitsrecht ergibt, und dabei kann man es belassen, loc. cit. S. 13, vergl. auch die Anm. 7 genannten Autoren, auf die sich Brinckmann stützt).

[3]) Gut hervorgehoben von Brinckmann loc. cit. Seite 9.

[4]) Die hier von Windscheid citirte Stelle l. 34 D. de R. J. 50. 17 spricht meines Erachtens nicht vom objectiven Gewohnheitsrecht sondern von der Erklärung des subjectiven Parteiwillens. Zuerst gilt beim Vertrag, was ausgemacht ist. Dann, wenn das nicht erhellt, die Art, wie in der Gegend die Verträge der betr. Art häufig geschlossen werden, denn man muß annehmen, daß der Parteiwille diese Art im Sinne hatte. Quid ergo, si neque regionis mos apareat, quia varius fuit? Dann ist nichts vorhanden, worauf sich der Parteiwille stillschweigend hätte beziehen können und der Jurist gibt die Billigkeitsregel: ad id, quod minimum est, redigenda summa est. Es liegt hier entschieden die benigne Interpretationsregel fr. 56 de reg. jur. 50, 17 vor (Leist, reale Grundlagen, Seite 234). Indessen sollte man meinen, daß dieselbe nur in Strafsachen gelten könne (fr. 155 § 2 eod.). Ich folge dem Paulus und mag Gajus hier nicht Recht mit seinem semper geben. Der Vertragswille ist zu erforschen, bei Verträgen ist keine einseitige Billigkeit angebracht, ev. fehlt der Anspruch ganz!

Digitized by Google

5) Die Uebung darf nicht auf einem Irrthum beruhen.

Die Römer sagen hierüber:

> quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet (l. 29 D. de leg. 1, 3).

Da die Gewohnheit die der Uebenden ist, so muß die Erkenntniß der Uebenden maßgebend sein, ob ein Irrthum vorliegt[1]). Die ersten Fälle (in aliis similibus) der Wiederholung, bei denen feststeht, daß die Uebenden, wenn sie nur gewußt hätten, daß ein Irrthum Grund der ersten Uebung ist, nicht die Uebung wiederholt hätten, — diese ersten Fälle können kein Gewohnheitsrecht gründen. Wird aber der irrige Grund vergessen und der Satz als ein hergebrachter acceptirt, so kann er nach längerer Zeit doch Gewohnheitsrecht werden, wenn der Trieb treibt, ihm zu folgen. Die römische Stelle schließt diese Ansicht nicht aus, denn es ist von keiner longa consuetudo in ihr die Rede. — Das Reichsgericht hat unter Bezugnahme auf die von mir citirte Stelle mit Recht entschieden, daß ein lediglich auf Mißverständniß gemeinrechtlicher Rechtsquellen bestehender, constanter Gerichtsgebrauch particuläres Gewohnheitsrecht nicht zu erzeugen vermöge, wenn dieser Gerichtsgebrauch auf keiner Volksgewohnheit ruht, sondern nichts als ein Mißverständniß ist. (II. Hilfssenat. Urt. v. 28. October 1880). Die Richter sind hier nicht die Uebenden!

Hiermit sind die Erfordernisse der Gewohnheit erschöpft.

Es wird von Manchen noch angeführt, daß der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sein könne. Man bezieht sich hierfür auf l. 2 cod. quae sit longa cons. 8, 53. Nach meiner Auffassung spricht die Stelle von einer particulären Gewohnheit, und liegt, wie ich später zeigen werde, die Unvernunft in dem Versuche, das Verhältniß der logischen Geltung der Rechtsquellen umzustürzen. Ein solcher Versuch muß scheitern und ist contra rationem (aus Gründen der Logik).

Auch die Stelle Nov. 134 c. 1 i. f. gibt keine Veranlassung, dieses Erforderniß zu stellen.

Die Novelle spricht von den Stellvertretern im Amte. Hierbei wird bestimmt, daß die Civil- oder Militärstatthalter nicht ohne Noth die Provinz bereisen sollen, wenn es aber die Noth verlange, sollen sie auf eigene Kosten reisen, und nicht von den Unterthanen Fuhrdienste 2c. fordern. Sie sollen auch nicht die üblichen Geschenke verlangen, welche ihre Vorgänger zu ihrem Nutzen unrechter Weise ersonnen haben (μήτε δὲ συνηθείας ὀνομάζειν ἢ ζητεῖν, ἅπερ τυχόν τινες τῶν προηγησαμένων εἰς οἰκεῖον κέρδος ἀδίκως ἐπενόησαν). Denn was auf eine schlechte Weise ersonnen ist, soll nicht durch lange Gewohnheit

---

[1]) Windscheid Pand. I. Seite 46 Anm. 3. Nicht der Prüfende sondern nur der Uebende kann sagen ob ein error vorliegt.

Digitized by Google

Recht werden (τὰ γὰρ κακῶς ἐπινοούμενα οὐδὲ μακρᾷ συνηθείᾳ βεβαιοῦσθαι βουλόμεθα). Es ist hier also von dem Falle die Rede, wo klarliegt, daß die ersten Fälle in unrechter Uebung, Erpressung, bestanden. Die nächsten Fälle sind nicht ungiltig, weil der Irrthum der Uebenden sie als Irrthum erkannt hätte, denn die Statthalter wollen ja diesen Irrthum nicht erkennen. Deßhalb schreitet der Kaiser ein, so lange noch die erste Uebung als unrechte erkennbar ist. Er darf einschreiten, weil das Hauptgesetz, welches Erpressungen verbietet, noch nicht für den Fall des Herumreisens in der Provinz im amtlichen Interesse aufgehoben ist. Da das Hauptgesetz nicht Bildung des Particulargesetzes ausdrücklich verbietet, so könnte sich Gewohnheit bilden; die Novelle sagt das aus, denn wenn dies nicht möglich wäre, brauchte der Kaiser nicht zu sagen: wir wollen nicht, daß die Gewohnheit es bestätige. In der Novelle ist nun das ausdrückliche Verbot gegeben und die Bildung der Gewohnheit inhibirt.

Mir ist ein ähnlicher Fall bekannt. Förster erhielten aus der Gemeindewaldung ein Pechdeputat. Als die Waldung Staatswaldung wurde, war dies weggefallen. Das Deputat wurde in einem Falle weiterverlangt, weil dies üblich sei. Da der Ungrund der Forderung erkennbar war, wurde die Bildung einer Gewohnheit inhibirt.

Obwohl ich in den Römischen Stellen keine Forderung dieses Erfordernisses finde, will ich doch auf dasselbe der Vollständigkeit wegen eingehen.

Das Widervernünftige ist weder Ziel des Staats noch des Volkes.[1]) Erkennt das Volk die Vernunftwidrigkeit, so kann das Recht aus den bei dem Irrthum genannten Gründen in den meisten Fällen kein Recht sein. Es kann aber auch aus Zweckmäßigkeitsgründen doch nach und nach Recht werden, wenn eine bestimmte Zeit die erkannte Unvernunft für rechtlich nothwendig hält. Die Römer wußten, daß die Sclaverei unvernünftig sei (ius naturale), hielten sie aber aus praktischen Gründen für nothwendig, und das unvernünftige Sclavenrecht war kraft der Gewohnheit positives Recht.[2])

„Was an sich unvernünftig ist und von einer bestimmten Zeit für vernünftig gehalten wird" (Schmidt loc. cit. Seite 17) kann durch die Gewohnheit Recht werden[3]). Die Sklaverei galt, trotzdem man ihre Unvernunft erkannte.

---

[1]) A. Schmidt, loc. cit. Seite 15.

[2]) A. Schmidt, loc. cit. Seite 17 Anm.; insbes. die Stelle fr. 4 § 1 de statu hominum: servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

[3]) Ich nehme auch bei diesem Recht keine besondere Ausschließung der ausdehnenden Erklärung an, wie sie Schmidt fordert (loc. cit. Seite 18 und 19 Anm.). Die Stelle fr. 39 de legibus beziehe ich nicht auf den Ausschluß der Analogie, sondern auf Ausschluß der Anwendung eines Rechtssatzes.

Digitized by Google

Das Recht hat es eben nicht mit der ewigen Vernunft der Philosophie zu thun. Das Recht ist historisch. Seine Begriffe liegen nicht im „Sein" sondern im „Werden". Die Vernünftigkeit des Rechts kann für die Völker eine verschiedene und bei einem Volke eine zu verschiedenen Zeiten verschiedene sein.

Wenn Windscheid die Unvernunft in dem Widerstreit mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung findet[1]), so kann ich darunter nur den Widerstreit des Besonderen mit dem es beherrschenden Allgemeinen finden, der in l. 2. C. 8, 53 ausgesprochen und unvernünftig genannt ist. Eine staatliche Norm, die particuläre Normen ausschließt, duldet neben sich keine particuläre Gewohnheit sowenig sie ein solches Gesetz duldet. Dies liegt in der Logik des Rechts. Ebenso verhält es sich mit der sittlichen Ordnung, wenn äußere Normen derselben einheitlich staatlich gesetzt sind. Ein Müller, der nachweisen wollte, daß es üblich sei, von dem Mehle der Mahlgäste etwas zu nehmen, würde nicht nur nicht Recht erhalten, sondern bestraft werden müssen, so lange der Diebstahl für strafbar gilt. Uebrigens leben die Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung nach meiner Theorie in jedem Einzelnen, und es wird eine Verletzung derselben im stillen von dem Trotzenden selbst, laut aber von den Genossen gemißbilligt. Deßhalb hat ein Schriftsteller mit Recht gesagt „das Widersinnige wird, wenn es sich als Uebung versuchen will und von Tag zu Tag erproben muß, bald ein stumpfes Ende finden. Hier ist die Lebenskraft, die Macht, der sichere und legitime Beweis des Rechts"[2]).

B. Das Erforderniß der sogen. opinio necessitatis:

Die Uebung, welche Gewohnheitsrecht ist, muß deßhalb geübt sein, weil die Uebung Recht ist.

Anders läßt sich der Begriff des Rechts nicht fassen, wenn wir hier nicht die ganze große Definition des Rechts, die am Eingange dieser Abhandlung steht, wiederholen wollen.

Die Quellen drücken das, wie erwähnt, nicht speciell aus, nennen aber das was moribus constitutum ist ius, und trennen damit das Gefühl der Sitte von dem nicht weiter erklärten Rechtsgefühl, hinter dem der sittliche Geselligkeitstrieb mit seinen Wesensnormen liegt.

---

[1]) Windscheid Pand. I. Seite 46.

[2]) A. Franken, Romanisten und Germanisten, 1882. Wenn Jemand dagegen die Sklaverei der Römer nennen wollte, so ist zu erwidern, daß die Welt zu jener Zeit noch nicht soweit war, die Unstatthaftigkeit des Zweckes des Sklavenrechts moralisch zu erkennen. Als in neuerer Zeit in Amerika die Sklaverei Gewohnheit werden wollte, wo die Menschenliebe sie allgemein für unstatthaft hielt, da zeigten blutige Kriege und Siege den trotzenden Uebenden, daß ihre unmoralische Uebung nicht zu Recht bestehen könne; die Sklaverei wurde aufgehoben. Aehnliches lehrt die Geschichte der Kaperei.

Digitized by Google

Es fragt sich noch: in wem muß das Rechtsgefühl walten? Zunächst in der Nation oder einem Theil der Nation, der organisch mit ihr verbunden ist, also in einem politischen Theile[1]).

Der politische Theil braucht nicht in einem Stamm 2c. zu bestehen[2]), sondern kann auch einen Stand im Staate umfassen. Einen solchen abgeschlossenen Stand finden wir heut noch im hohen Adel. Dieser hat Gewohnheitsrecht, das der Autonomie desselben entspricht und Observanz[3]) heißt. Der Handelsstand ist kein politisch abgeschlossener Stand und deßhalb heißt sein Gewohnheitsrecht nicht Observanz, sondern Uesance. Auch der Juristenstand ist kein abgeschlossener Stand[4]); jeder kann in ihn eintreten und aus ihm austreten, die Juristen haben keine Autonomie und keine Observanz. Schon daraus folgt, daß von einem Juristenrecht neben dem Volksrecht nicht die Rede sein kann[5]). Wenn die Juristen fremde Elemente in das Volk übertragen haben, so sind diese erst in der Uebung des Volks zur Gewohnheit erstarkt und geltendes Recht geworden[6]).

In der Wissenschaft neben der Gewohnheit eine Rechtsquelle zu sehen, ist irrig. Sie kann, aber nur dadurch, daß sie im Volke eine Gewohnheit erzeugt, Recht mitschaffen. Nimmer aber kann sie allein Recht schaffen. Was sie auffindet, und wenn es als scheinbar neu aus dem Grundprincipe eines Instituts an den Tag gefördert wäre, ist stets schon vorhandenes Recht[7]). Es kann aber auch ihre Forschung zu einem irrigen Resultate führen, und deßhalb hat ja der Jurist diese

---

[1]) Mos regionis wird fr. 34 de regulis iuris genannt, diese geographisch begrenzte Sitte ist aber nur Imperativ für den subjectiven Vertragswillen.

[2]) Ja eine Stadt kann Gewohnheitsrecht haben, wenn sie politische Autonomie hat. Das Recht gilt aber als politisches Recht, und nicht als „mos regionis“, denn es ist objectives und nicht subjectives Recht, das nur der Staat oder seine politischen Theile setzen können.

[3]) Das Wort Observanz wird in verschiedenem Sinne gebraucht. Gesterding (Archiv für civ. Pr. B. 3 p. 286) verwirft es wegen Vieldeutigkeit. Brinckmann versteht darunter gar eine Art des Gerichtsgebrauchs, „die äußere Form eines Geschäftsganges“ (loc. cit. Seite 37).

[4]) Windscheid Pand. I. Seite 48.

[5]) Beseler kämpft mit vollem Recht in seinem Volksrecht und Juristenrecht gegen Savignys Ansicht, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen stets dem des Volkes entspreche; hiergegen spricht die Reception. Erst die Volksansicht, daß die Reception ein rechtschaffender Factor in unserm deutschen Culturleben sei, schaffte die Volksübung, römisches Recht anzuwenden, die zur Gewohnheit und zum Recht wurde.

[6]) Eine neue Ansicht über die Reception, welche diese als die Aequitätsrichtung im ewigen Dualismus des Rechts für unsere Zeit auffaßt, findet sich bei Franken, Romanisten und Germanisten Seite 17. Im germanischen Rechte sieht Franken unser jus strictum, Seite 32 loc. cit.

[7]) Windscheid Pand. B. I. Seite 48 Anm. 8.

Digitized by Google

Resultate frei zu prüfen, und wenn er sie annimmt, so nimmt er sie nur deßhalb an, weil sie ihm vorhandenes Recht zeigen, nicht etwa weil sie neues Recht geschaffen hätten.

Ebenso wenig gibt es eine Rechtsquelle der Praxis oder des Gerichtsgebrauchs neben der Gewohnheit. Die nothwendige Continuität richterlicher Urtheile nach dem Satze: „Was dem Einen Recht ist, ist dem Andern billig," zwingt den Richter nicht allein zur Schaffung von Recht (Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 14 Seite 46). Die Praxis kann nicht schon in einem einzigen richterlichen Urtheil einen Rechtsschatz schaffen (cf. gegen Thöl Windscheid Pand. I. B. Seite 47). Der Grund, weshalb Brandis in seiner Kritik Thöl mehrfach gegen mich anführt, liegt tiefer.[1]) Brandis billigt Thöls Satz: „Es ist nicht Rechtens, weil es Gewohnheit ist, es ist Gewohnheit, weil es Rechtens ist" aus dem Grunde, weil er die zum Beweise verwendeten Antecedenzfälle als Rechtsausübung anerkennt. Ist dies der Fall, dann gibt es ein Recht vor der Gewohnheit und die Praxis kann es offenbaren wie die Wissenschaft. Brandis meint, man müsse in den Antecedenzfällen, in denen ich nur rechtlich bedeutungslose Thatsachen erblicke, Rechtsausübungen sehen. „Denn wo sollte die Grenze sein?"[2]) Ich sage dagegen: Wenn in jedem Uebungsfall neues Recht zu sehen ist, dann schafft Praxis, Wissenschafft, ja das Leben mit jeder Uebung neues Recht, dann ist Alles im Flusse[3]). Dann fehlt die Friedensordnung des Rechts, die nöthig ist. Daß die „Grenze" sich schwer finden läßt, liegt in der Natur des „Vorgangs" in der „inneren Welt," was die Rechtsgewohnheit ist.[4])

Auf Gerber, den Brandis citirt, (Gerber, deutsches Privatrecht § 28 Nr. 1 sub 2) darf sich derselbe wohl nicht stützen, denn Gerber sieht in der Gewohnheit die alleinige Manifestationsform des Gewohnheitsrecht, wird also die Antecedenzfälle nicht für Rechtsausübung ansehen.[5]) — Gesetz und Gewohnheit sind und bleiben die einzigen Quellen alles Rechts. —

---

[1]) Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Neue Folge B. IV., 1881, Seite 206 und 207.

[2]) Brandis loc. cit. Seite 206.

[3]) Ich widerspreche auch Franken, der ein Gewohnheitsrecht vor der Gewohnheit annimmt, ein ungeübtes Recht, das wir nicht sehen. Cf. Franken, Romanisten und Germanisten, Seite 14.

[4]) Ich verweise für diese philosophischen Begriffe auf meine Commissivdelicte durch Unterlassung.

[5]) Gerber sagt: „Der productive Factor ist die Gewohnheit nicht." Diesem Satze stimmt meine Theorie voll bei. Weder lange Zeit noch vis inertiae 2c. können objectives Recht schaffen. Gerber findet den Factor in der „Anerkennung." Ich finde ihn im sittlichen Geselligkeitstriebe. (Gerber, Deutsches Privatrecht § 28 am Eingang).

Digitized by Google

§ 4.

Die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts.

Bei früheren Schriftstellern und noch bei Brinckmann[1]) finden wir lange, juristische Erörterungen über die „Ermittelung des Gewohnheitsrechts", die viele Unrichtigkeiten neben unnützen Auseinandersetzungen von rein selbstverständlichen Dingen enthalten. Jetzt dürfen wir mit Windscheid sagen: „der Richter hat die Ueberzeugung über das Bestehen eines Gewohnheitsrecht nach denselben Grundsätzen zu schöpfen, nach denen eine menschliche Ueberzeugung überhaupt geschöpft wird"[2]). Diese Grundsätze aber kennt jeder verständige Mann.

Die lex 34 D. de legibus sagt nun „Quum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit." Hiermit wird nicht etwa ein neues Erforderniß der Gerichtlichkeit[3]) aufgestellt, sondern nur ein vortrefflicher Rath[4]) gegeben, wie man Gewohnheitsrecht erkennen könne, ohne daß dadurch die andern Erkenntnißmittel ausgeschlossen würden. Der Richter hat das Gewohnheitsrecht zu kennen und danach sich zu erkundigen. Kennt er es nicht — und das ist beim nicht gesetzten Recht seiner Natur nach möglich — so müssen die Parteien es ihm klarlegen. Diese Klarlegung hindert aber den Richter nicht, seine Kenntniß vom Gewohnheitsrecht oder einer Uesance (Reichsgericht I. Civilsenat. Urt. v. 22. September 1880) mitzuverwerthen. Ja der Richter braucht auch nach § 265 C. P. O. den angebotenen Beweis über ein angebliches Gewohnheitsrecht nicht zu erheben, von dessen Nichtexistenz er unmittelbare Kenntniß hat, oder von dessen Existenz er selbst unter Voraussetzung der unter Beweis gestellten Thatumstände sich nicht überzeugt halten würde (Reichsgericht. I. Civilsenat. Urt. v. 18. December 1880). Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß für den Beweis[5]) dieses Rechts die Gesetze des Civilprozesses nicht gelten[6]).

[1]) loc. cit. Seite 26—76. Dieser Abschnitt ist der weitaus größte seiner Abhandlung!
[2]) Pand. 1. Seite 49.
[3]) Das war eine der früheren Meinungen.
[4]) Windscheid meint, das Urtheil enthalte selbst eine Uebung des Gewohnheitsrechts. Dies ist dann nicht der Fall, wenn es irrig die Uebung anwendet. Aber auch in diesem Falle kann es, wenn es die Uebung in den Gründen nennt, ein Zeugniß für sie enthalten. Windscheid Pand. I. Seite 49 Anm. 1.
[5]) Windscheid loc. cit. Seite 49. Anm. 2. Nach § 265 der Civilprozeßordnung ist das Gericht mit Recht bei der Ermittelung dieser Rechtsnormen nicht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnißquellen zu benutzen, und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen. — Demnach kann es auch Beweisauflagen machen.
[6]) Ueber Urtheile der Gerichte, Weisthümer, eidl. Kundschaft der Schöffen, Sachverständige, Rechtssprüchwörter als Beweismittel cf. Gerber loc. cit. Seite 70.

Digitized by Google

§ 5.

Die Kraft des Gewohnheitsrechts.

So lange der sittliche Geselligkeitstrieb in der Gewohnheit wie im Gesetz Friedensschlüsse schafft, ist die Kraft beider ganz die gleiche. Das Gewohnheitsrecht vermag das Gesetzesrecht aufzuheben.

Dieser Logik steht scheinbar entgegen l. 2 c. quae sit longa cons. 8,53: consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Ich bleibe betreffs dieser vielumstrittenen Stelle zunächst bei meiner früheren Ansicht stehen[1]). In meinem ersten Beitrag habe ich gesagt „zu den Worten consuetudo non vincit legem läßt sich ebensogut der Gegensatz denken ergo lex vincit consuetudinem wie der andere ergo consuetudo et lex pares sunt, neque consuetudo vincit legem neque lex vincit consuetudinem.“ Ich setzte aber hinzu, man sei nicht gezwungen, von beiden Gegensätzen den letzten zu ergänzen und behielt den ersten Gegensatz bei. Nun finde ich jetzt bei Adolf Schmidt[2]), dessen Abhandlung nach der meinen erschienen, ausgeführt, daß der zweite Gegensatz „beide stehen einander völlig gleich“ der richtige sei (loc. cit. Seite 25 nnd 26); er weist Savignys Vorwurf „der Trivialität“ mit guten Gründen für diese Interpretation ab (Cf. Seite 26 Anm. 1. Die Anführungen von Hilliger und Aueranius, die ich nicht kannte, beweisen, wie leicht Zwei dasselbe schließen können, ohne von einander zu wissen). Deßhalb erscheint auch mir jetzt der 2. Gegensatz wahrscheinlicher als früher.

Da er indeß immerhin kein nothwendig geforderter ist, muß man sich nach der thatsächlichen Veranlassung des Rescripts umsehen. Adolf Schmidt meint, die Compilatoren hätten leider unterlassen, sie mitzutheilen (loc. cit. S. 23). Ich habe aus dem Datum dieses Gesetzes und einem wenige Tage vorher erlassenen geschlossen, daß es an particuläre Verhältnisse denke (Seite 35 meines ersten Beitrags). Wenn Brandis diesen Grund in seiner Kritik „nicht durchschlagend“ nennt, so ist das richtig. Indeß beim Schweigen der Compilatoren dürfte die Begründung immerhin einer Erwägung werth sein.

Ich verstehe die Stelle dahin, daß eine particuläre Rechtsgewohn-

---

Die bloßen Gebräuche als Interpretationsmittel der Verträge sind kein objectives Recht, Gerber loc. cit. Seite 70 Anm. 5. Ueber „Ortsgebrauch“ cf. das oben citirte Erkenntniß vom 18. Dec. 1880.

[1]) „Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit.“

[2]) Meine Abhandlung ist Adolf Schmidt leider, wie ich sehe, unbekannt geblieben.

Digitized by Google

heit gegen ein allgemeines, particuläre Gewohnheiten ausschließendes Gesetz nicht soll bestehen können, und verweise auf die Gründe des ersten Beitrags.

Erwähnen will ich hier aber doch, daß nur so das Wort ratio eine Erklärung findet. Gegen ein solches Gesetz der Gewohnheit Kraft geben, wäre gegen die Logik des Rechts. Ratio ist hier nicht etwa die „Vernunft", diese hier herein zu ziehen lag den Römern gewiß fern, sondern die Logik des Rechts, die kein Rechtssatz verletzen kann. So giebt diese Interpretation m. E. ein nach allen Seiten hin befriedigendes Resultat. —

Schwanert sieht in der Stelle einen gesetzlichen Versuch, das Gewohnheitsrecht ganz auszuschließen (Gesetz und Gewohnheit, Seite 9 und 22).

Nehmen wir, um vollständig die Controverse zu erschöpfen, einmal an, daß in jener römischen Stelle (die neuen Gesetzbücher bleiben zunächst außer Acht) wirklich ein solcher Versuch vorliegt.

Windscheid sagt jetzt: Keine Kraft hat das Gewohnheitsrecht, so weit es durch Gesetz ausdrücklich für unverbindlich erklärt ist. (Pand. I. S. 51). Ich habe in meinem ersten Beitrag mich auf seine frühere Aeußerung in seinem Lehrbuch berufen, wo er sagte: der Gesetzgeber kann nicht bewirken, daß bestehendes Recht nicht bestehendes Recht sei (Seite 41 meines ersten Beitrags), und habe die gleiche Macht auch dem Gewohnheitsrecht gegen ein verbietendes Gesetz gegeben (wie Puchta, Maurer, Zroblowski, Windscheid loc. cit. Anm. 3). Windscheid meint jetzt, ein Gesetz, welches die verbindliche Kraft künftiger Gewohnheiten ausschließe, könne durch Gewohnheit aufgehoben werden; aber so lange dies nicht geschehen, sei es Rechtens, daß die in der Gewohnheit hervorgetretene Rechtsüberzeugung nicht Recht sei. Einem solchen Gesetze gegenüber reiche also nicht hin die Uebung einer Rechtsüberzeugung überhaupt, sondern es muß außerdem vorliegen die Uebung der Rechtsüberzeugung, daß das Gesetz nicht gelte.

Dieser Ansicht stimmt jetzt Dahn bei, er sagt: es richtet sich die opinio necessitatis gegen jenes gesetzliche Verbot des Gewohnheitsrechts selbst: es wird herrschende Rechtsüberzeugung, daß jenes Verbot übertreten werden müsse (Bausteine, loc. cit. Seite 268).

Indessen wo historisch noch beide Quellen neben einander mit gleicher Fülle fließen, ist das Verbot nicht nur ein Fehler sondern ein total nichtiger Versuch. Es wird aber auch in solcher Zeit dieser Versuch gar nicht gemacht werden; wie wir ihn denn weder im römischen Recht noch im früheren deutschen Recht (Stobbe, deutsch. Privatrecht I. S. 127) irgendwo finden.

Wäre er aber wirklich von Justiman gemacht, dann wäre auch nach Windscheid und Dahn jetzt entschieden der römische Versuch be-

Digitized by Google

seitigt, denn alle Abhandlungen über Gewohnheitsrecht zeigen, daß sie die kritische Stelle nicht für ein geltendes Verbot heut halten, und die Praxis stimmt dem bei.

Für das heutige römische Recht bleibt aber die Thatsache bestehen, daß Justinean den Versuch überhaupt nicht gemacht hat.

Das Reichsgericht läßt die l. 2 Cod. quae sit longa cons. 8,53 unerörtert, weil im kanonischen Rechte, cap. 11 X. de consuet. 1,4 —, dessen Bestimmungen dem römischen Rechte vorgehen, dem Gewohnheitsrecht dieselbe Kraft und Geltung beigelegt werde, wie sie einem Gesetze im engeren Sinne zukomme[1]). (Reichsgericht III. Civilsenat. Urt. v. 5. Juli 1881). Ich glaubte indessen nicht, mir aus diesem Grunde die Erörterung der Stelle ersparen zu dürfen.

§ 7.

Das Gesetz.

Gesetz ist „der Ausspruch des Staates, daß Etwas Recht sein soll". (Windscheid). Der Rechtstrieb bildet in fortgeschrittenen Zeiten sein Recht nicht nur in der Gewohnheit, sondern auch in der zweiten Rechtsart der dritten Wesensnorm, im Gesetz.

Die Normform „es soll" verlangt einen Gesetzgeber, einen Imperativsetzer, während die Gewohnheitsnorm unmittelbar das Volk setzt. Aber der Gesetzgeber ist wiederum in dem Fortschritt der Entwickelung kein Einzelner, sondern das organisirte Volk, das mittelbar durch Organe sein Recht setzt. Für das unorganisirte Volk ist ein Gesetz undenkbar. „Das Gesetz setzt den Staat voraus"[2]).

Das Gesetz verträgt in der äußeren Form gar keinen Vergleich mit der Gewohnheitsnorm. Insbesondere ist die Gewohnheit nicht = der Publication des Gesetzes. Ebensowenig ist daran zu denken, das Gesetz etwa auf den Willen der „unorganisirten" Masse zurückzuführen; eine Abstimmung des ganzen Volks würde den Ausdruck einer vorübergehenden Laune, niemals aber positives Recht geben. Adolf Schmidt sagt mit Recht „Ein natürliches Anrecht Aller auf das Stimmrecht gibt es keineswegs; denn die Aufgabe der Gesetzgebung besteht nicht in der Ausübung eines persönlichen, eines Privatrechts, sondern in der Her-

[1]) Mit Recht wird in einem anderen Erkenntniß ausgeführt, daß die Praxis für sich diese Kraft nicht habe, wenn sie nicht Volksgewohnheit ist. (Reichsgericht. I. Hilfssenat. Urt. v. 5. Mai 1882). „Es kann in der bloßen Gerichtspraxis, die nur auf einer für unrichtig zu erachtenden Rechtsanschauung beruht hat, ein Gewohnheitsrecht nicht gefunden werden" (III. Civilsenat. Urt. v. 18. April 1882).

[2]) A. Schmidt loc. cit. Seite 6.

Digitized by Google

stellung der besten Gesetze, also eines öffentlichen Problems. Daher handelt es sich lediglich um die Ermittelung der zur Gesetzgebung wirklich Befähigten: ihre Zahl wächst mit der wachsenden Bildung"[1]); sie kann aber auch bei falschem Egoismus[2]) zeitweilig abnehmen.

Die Art der Organisation, mit welcher das Gesetz gesetzt werden soll, ist nur nach dem positiven Rechte der einzelnen Staaten anzugeben. „In den deutschen monarchischen Staaten steht, wie die gesammte Staatsgewalt, so auch die Gesetzgebungsgewalt dem Fürsten zu" (Windscheid loc. cit. S. 38). Indessen besteht nicht mehr die absolute Monarchie mit ihrer Negation der politischen Bildung der Nation, sondern wird die politische Durchbildung der Gesammtheit erstrebt (Schmidt loc. cit. S. 6 f. Anm. 4). Meist ist jetzt der Regent bei der Gesetzgebungsgewalt an die Zustimmung der Landesvertretung gebunden. Es ist wohl mit Windscheid anzunehmen, daß dann ein von dem Landesherrn ohne Zustimmung der Landesvertretung gesetztes Gesetz kein giltiges Gesetz für den Richter ist[3]).

Mit der Organisation tritt das weitere Erforderniß an die Rechtsquelle, es genügt bei ihr nicht das mündliche Wort, alles gesetzliche Recht ist geschriebenes Recht![4]) Sodann muß das Gesetz verkündigt, publicirt werden, denn der ausgesprochene Wille muß ein Mittel haben, um auf alle Willen zu wirken. Die Verkündigung des Gesetzes hat mit der Entstehung der Gewohnheit nichts gemein. Höchstens kann die Entstehung der Gesetzesnorm mit dieser verglichen werden. Die Gewonheit bedarf ihrer Natur nach gar keines anderen Aktes als der gewohnheitsmäßigen Uebung.

---

[1]) A. Schmidt loc. cit. Seite 6. f. Anm. 4.

[2]) Ich meine hier nicht den berechtigten Egoismus, der die Kraft seines Ichs stärkt um dann das Allgemeine zu stärken, sondern den unberechtigten, schrankenlosen, den Bruder der grobmaterialistischen Strömung unserer Zeit. Bleibt Jeder ein „Einziger mit seinem Eigenthum", so erhalten wir nebeneinander herlaufende Lebensfäden, die kein Gewebe geben und nichts tragen können. Wirr durcheinander laufende Fäden aber, die entstehen würden, wenn nach der Moral schon jetzt Einer nur dem Andern lebte, während der Andere ihn höhnisch verlacht und unmoralisch ausnutzt, würden wiederum kein brauchbares Gewebe liefern. Die Normen des Rechts sind es, welche das Leben in der Zeit zu einem Weben und Wirken machen, die es ordnen und entwirren (das Ordnen ist aber die Hauptsache, und das vermag die nackte Norm ohne Zwang, wenn sie befolgt wird, am besten!), und die Fäden als unbrauchbar ausscheiden, die nur ihren eigenen Weg gehen wollen. Immer aber bleibt im feinsten und engsten Gewebe das freie Ich erkennbar und unterscheidbar, während in der „äußern Welt" die Selbständigkeit der Atome ein ewiges Problem bleibt.

[3]) Windscheid loc. cit. Seite 39. Der Richter ist nur dann trotzdem gebunden, wenn ihm verboten ist, die verfassungsmäßige Entstehung des Gesetzes zu prüfen. — Die „interna corporis" (Legitimation der Abstimmenden, Stimmenzählung rc.) hat der Richter niemals zu prüfen.

[4]) Aber nicht alles geschriebene Recht ist gesetzliches Recht; insbesondere sind die Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts nicht Gesetze im modernen Sinne.

Digitized by Google

Der Richter muß das Gesetz kennen und anwenden. Jura novit curia. Es ist ihm dies bei dem geschriebenen, gesetzten Recht in vollem Umfange möglich. Für sein Verständniß des Wortes hat seine juristische Ausbildung zu garantiren. Indem ihn der Staat anstellt, entzieht er das Urtheil hierüber aller Kritik der Parteien.

Das in einem anderen Staate geltende Recht bedarf des Beweises insofern es dem Gerichte unbekannt ist (C.-P.-O. § 265). Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht nicht auf das Vorbringen der Parteien beschränkt. Ueberhaupt steht ein Beweis über geltendes Recht nie unter prozessualischen Beweisregeln (Windscheid loc. cit. Seite 41 Anm. 4). —

Das Gesetz gilt, weil es Staatswille ist. Es ist erzwingbar, weil der Staat die Macht dazu hat. Aber der erste Grund, weßhalb das Gesetz gilt, ist ein anderer; der sittliche Geselligkeitstrieb treibt nach der dritten Wesensnorm zur Setzung des Gesetzes, und zugleich zum Gehorsam gegen das Gesetz, auch ganz abgesehen von dem Zwange. Der Zwang ist nur nöthig wegen des Trotzes Einzelner. Die ungeheuer überwiegende Mehrheit bindet nicht der Zwang, sondern der Trieb. Deßhalb beugt vor dem Gesetze sich der Nacken des Gewaltigen, der ihm trotzen könnte, das Haupt des Weisen, selbst wenn er in ihm Unlogisches erkennt, und der Wille des Wenigdenkenden. Hinter Allen steht die treibende Kraft des Triebes.

Weil der Rechtstrieb stets nach unserm Wesen ein nationaler ist, kann nur der Staat oder eine organische Abtheilung des Staats Recht setzen. Im letzteren Falle heißt dies gesetzliche Recht Autonomie, welche selbst einer Stadt im Staate zustehen kann. Die Familien des hohen Adels haben die Autonomie ebenfalls, und dies ist möglich, weil sie der einzige ganz abgeschlossene Stand im Staate sind.

Gerber bestreitet die Lehre von der Autonomie (System des des deutschen Privatrechts § 29) allgemein.

In dem Punkte stimme ich Gerber gegen Windscheid (Pand. I. S. 53) mit Stobbe und Böhlau (Windsch. loc. cit. Anm. 4) zu, daß ich den Corporationen überhaupt keine Autonomie zugestehe. Es ist richtig, daß der Begriff des stillschweigenden Vertrags und das stets mißliche Construiren aus Fictionen hier in zu ausgedehnter Weise benutzt worden ist, weil die rechte Entwickelung der Begriffe wohl noch fehlt (Gerber loc. cit. § 29 Anm. 11.). Aber der Wille des über allen stehenden corporativen Willens ist nicht objectives, sondern erfaßtes, subjectives Recht.

Die moderne Praxis fordert, das Gesetz von der Verfügung zu trennen. Die Verfügung regelt individuelle Thatbestände, das Gesetz

Digitized by Google

enthält stets eine allgemeine Regel.[1]) Deßhalb ist in meinem Sinne nur die Gesetzesnorm objectives Recht. Die Verfügung braucht nicht nur in der Begründung subjectiver Rechte zu bestehen, sie kann objectiv sein, aber weil ihr die Allgemeinheit fehlt, ist sie kein allgemeines, objectives Recht. Sie ist Befehl, Mandat ꝛc., aber keine Norm. Verfügungen in Gesetzform sind nur Gesetze im formellen, nicht im materiellen[2]) Sinne.

Am Schlusse sind noch einige Fragen zu erörtern, deren Lösung sich aus dem vorher Gesagten klar ergibt. Die Art der Publication kann nur durch die Imperative einer besonderen Verfassung normirt werden,[3]) deren letzter Imperativ direct und zwanglos auf dem sittlichen Geselligkeitstriebe ruht.[4]) Den Erlaß und die Publication[5]) hat der Richter zu kennen, wie er das Gesetz kennen muß.[6]) Dies befiehlt ihm der Beamtenimperativ.[7])

§ 7.

Das Verhältniß der modernen Gesetze zur Gewohnheit.

Nicht die römische, sondern erst unsere Gesetzgebung hat versucht, das Gewohnheitsrecht zu beschränken. So lange die Quelle der Gewohnheit neben dem Gesetz fließt, sind alle diese Versuche vergeblich; über die Wesensnorm kann sich der Staat nicht stellen, die Gewohnheit und der Rechtstrieb zwingen auch den Staat. Erst wenn die Gewohnheit in der historischen Entwickelung ihren Einfluß verloren hat, kann das Gesetz allein gelten wollen, denn dann besteht factisch nur Gesetzesrecht, das sich nur im Gesetz erneuert.

---

[1]) cf. „Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats" von Prof. Dr. Georg Meyer in Jena, Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, VIII.

[2]) Gehen die Befehle an Beamte, so sind sie materielle Gesetze; Meyer loc. cit. S. 30. Werden sie übertreten, so liegt ev. doppeltes Unrecht vor, weil die Beamtennorm und die allg. Rechtsnorm verletzt wird.

[3]) Verfassung des Reichs Art. 2.

[4]) Verfassung des Reichs Art. 17.

[5]) Ueber den wohl selten nöthigen Parteibeweis cf. Windscheid P. 1 Seite 41.

[6]) Jura novit curia.

[7]) Auch dieser endet in höchster Spitze in einer zwanglosen Rechtsnorm, cf. Art. 18 der Reichsverfassung. — Nicht die Disciplinarstrafe, sondern das juristische Beamtengewissen ist es, das die Normbefolgung sichert. Die Moral treibt daneben stärker an durch den m. E. stets nöthigen Beamteneid, auf dem der noch verkannte Begriff des doppelten Unrechts ruht, den Schopenhauer gefunden hat. Cf. meine „Commissivdelicte durch Unterlassung ꝛc." Seite 348, 349.

Digitized by Google

Das Werden kann der Gesetzgeber nicht dem Rechte verbieten. Aber wenn die Entwickelung es zu fordern scheint, kann er das werdende Recht im neuen Gesetze geben. Thut er das nicht — das ist aber nicht zu besorgen, weil der Staat sich mitentwickelt, da ihn Menschen regieren — so wird das Gewohnheitsrecht sich trotz aller Verbote geltend machen.

§ 8.

Die Auslegung des Gesetzes.

Wie im Strafrecht, so liegt auch im Civilrecht der Imperativ, die Gesetze der Sprache (grammatische Interpretation) und der Logik (logische Interpretation) anzuwenden, im Imperativ des Gesetzes selbst. Die Forderung beider Interpretationen ist gesetztes Recht! Ich verweise auf meine Erörterungen der strafrechtlichen Auslegung.

Die Legalinterpretation in ihren beiden Formen, als authentische durch das Gesetz und als usuelle durch die Gewohnheit normirt, ist auch im Civilrecht lediglich die Setzung eines neuen Imperativs oder das Dasein einer neuen Gewohnheit, also einfach neues Recht, dem man nur einen anderen Namen gegeben hat. Wenn die Gewohnheit als Rechtsquelle durch ein Gesetz ausgeschlossen ist, so muß erst eben dieses Gesetz durch Gewohnheit beseitigt sein, ehe eine usuelle Interpretation neues Recht schaffen kann, denn was vom Ganzen (der Gewohnheit) gilt, das gilt auch vom Theile (der gewohnheitsrechtlichen Auslegung). Ist das Gewohnheitsrecht nicht ausgeschlossen, so braucht nicht erst die ausschließende Norm beseitigt zu werden, sondern die Gewohnheit kann das Gesetz „ausdehnen“ und „abändern“; auch das Reichsgericht, dem ich diese Ausdrücke entnehme, sagt, daß die Usualinterpretation keine Auslegung sei. (I. Civilsenat. Urt. v. 6. November 1880).

Die grammatische Auslegung hat den Sinn des Gesetzes zu erfassen, nachdem die Kritik die Worte selbst eventuell festgestellt hat[1]). Diese Erfassung kann und muß nur nach den Sprachgesetzen erfolgen.

Jede weitere Auslegung heißt eine logische. Diese hat mit den Denkgesetzen den Sinn des Gesetzes zu erforschen; was der Gesetzgeber dabei gedacht hat, kommt nur soweit in Betracht, als es im Gesetz wirklich Ausdruck gefunden hat[2]). Für den Sinn des Gesetzes aber

---

[1]) Windscheid Pand. I. Seite 55. Die heutigen Gesetze bedürfen selten der Kritik in diesem Sinne. Anders steht es bei der Kritik der früheren Quellen.

[2]) Anderer Meinung ist Windscheid loc. cit. Seite 56. Er verlangt, man solle sich „möglichst in die Seele des Gesetzgebers hineindenken“.

Digitized by Google

ist das maßgebende Element dessen Zweck. Nur die logische Erfassung des Grundprincips führt zur Erfassung des Sinnes der Gesetze. Mit den etwaigen Gedanken, die der Gesetzgeber heimlich bei der Setzung hatte, hat dies Grundprincip nichts zu thun[1]). Das Grundprincip ist das immanente Willensprincip im positiven Recht, welches selbständig weiterwirkt und sich weiterbildet, weil die Gesetze von denkenden Menschen gegeben sind und mithin durchdachte Zwecke enthalten, die von der Mitwelt und Nachwelt denkend erfaßt werden. Das Ich des Gesetzgebers mit seinem Normengeber ist die Ursache des Gesetzes, im Zweck desselben liegt aber ein ganz selbständiges[2]) Princip. Ursache und Princip wirken im Rechte nebeneinander.

Allgemeine Rechtsregeln für die logische Interpretation zu geben, ist mißlich. Das Denkgesetz befiehlt sich selbst. Die Auslegung ist eine Kunst, die erlernt werden muß.[3]) Doch kann die Theorie leitende Gesichtspunkte geben.[4]) Die Römer gaben sie sogar im Gesetz. Diese Gesetzesnormen nennen einfache logische Wahrheiten: Der Zweck des Gesetzes darf nicht verletzt werden,[5]) der Gesetzgeber kann nichts Unlogisches gesagt haben[6]) u. s. w.

Von der Auslegung der Strafgesetze weicht die Auslegung des Civilgesetzes in einem Punkte sehr ab. Der Imperativ des Strafgesetzes befiehlt ein Strafübel, das Verbrechen muß daher dem Verbrecher streng bewiesen werden. Daher: in dubio mitius! Im Civilrecht treten dagegen Lebensverhältnisse vor den Richter, die nach dem Rechte entschieden sein wollen, wenn es nur irgend möglich ist. Dort ist die Entscheidung trotz des Zweifels ein ungerechtes Uebel, hier ist es ein Uebel daß keine Entscheidung durch die Friedensordnung erfolgt. Im Civilrecht fehlt hinter der Norm stets der Imperativ der Strafe (außer im strafrechtlichen Civilrecht), hinter der Norm steht der eine große Imperativ an den Richter: entscheide nach der Prozeßordnung! Diese Entscheidung ist kein Uebel, sondern eine Wohlthat, denn sie gibt dem Kläger wie dem Beklagten auf alle Fälle das große Gut des Rechtsfriedens. Ich theile

---

[1]) Der heutige Gesetzgeber hat viele „Seelen" und die Majorität des Reichstags, die mitwirkt, wird oft durch ganz verschiedenartige Motive bestimmt.

[2]) Cf. auch Merkel in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, B. II. Seite 72. Derselbe sagt u. A., man werde z. B. „unter dem „Gebiete" im § 3 des deutschen Strafges. mit Rücksicht auf die Grundsätze des internationalen Rechts auch die nordd. Schiffe (jetzt Reichsschiffe) auf hoher See zu begreifen haben, unabhängig davon, ob der Gesetzgeber an sie gedacht oder nicht (Seite 71 loc. cit. Anm. 2).

[3]) Windscheid, Pand. I. Seite 55.

[4]) Windscheid loc. cit.

[5]) l. 6. C. de legib. 1. 14

[6]) l. 19 D. de legib. 1. 3.

Digitized by Google

daher nicht Windscheids Ansicht, daß auch im Civilrecht für die „mildere Meinung“ zu entscheiden ist[1]).

Dagegen stimme ich mit Windscheid darüber überein, daß die Auslegung sich mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen muß, wenn fernere Anhaltspunkte die Norm geben. Denn die Lebensverhältnisse fordern Entschädigung, sie fordern Rechtsschutz.

Daraus, daß ein Imperativ ausdrücklich durch einen anderen außer Kraft gesetzt sein muß, ehe er nicht mehr gilt, folgt weiter, daß im Zweifel für die geringere Abweichung vom bestehenden Recht zu entscheiden ist[2]).

Die Gesetze der Logik gebieten ferner, unvollständige Normen zu vervollständigen, und irrige zu berichtigen.[3]) Denn die Worte sind nur die „Zeichen für die Gedanken,“ sind diese Zeichen falsch gesetzt, ist aber an anderen Zeichen erkennbar, welche gewählt werden sollen, so ist einfach das richtige Zeichen an seine Stelle zu setzen.[4]) Ist aber nicht erkennbar, welches Wortzeichen einzuschalten ist, so ist ein rechtliches Nichts vorhanden, das nicht zu verbessern, sondern zu ignoriren ist, denn es enthält keinen Willen. Auch die ausdehnende und einschränkende Auslegung setzt voraus, daß irgend welche Willenserklärung sie rechtfertigt.[5])

Aus alle dem erhellt, daß die Interpretation alle Auslegungsregeln in der Logik findet, denn sie ist nichts als angewandte Logik.

---

[1]) Die Stellen des Römischen Rechts beweisen meines Erachtens die Forderung des „in dubio mitius!“ im Civilrecht nicht. In dem Buche de diversis regulis iuris antiqui sind die Strafrechtsnormen von den Civilrechtsnormen nicht getrennt, wie ja den Römern eine scharfe Scheidung dieser Normenarten noch unbekannt war. L. 56, l. 168, pr., l. 192 § 1 D. de R. J. 50. 17 halte ich aber für Strafrechtsnormen. Hiermit stimmt überein, daß l. 42 D. de poenis 48, 19 sagt: „interpretatione legum poenae molliendae sund potius, quam asperandae,“ also unzweifelhaft diese Art der Interpretation auf das Strafrecht bezieht. Der Ausdruck lex kann aber Strafgesetz wie Civilgesetz heißen (l. 1 D. 1, 3), und Niemand zwingt uns daher l. 18 D. de legibus 1 3. auf das Civilrecht zu beziehen. Wäre dies aber auch bei dieser einen Stelle richtig, so sagt ihr Schluß doch, daß nicht die Milde sondern das conservative Element des Rechts der Grundgedanke der Stelle ist (benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas eorum conservetur), der Imperativ muß gelten, bis ein neuer feststeht. Cf. Windscheid loc. cit. Seite 57 Anm. 8.

[2]) Windscheid loc. cit. Seite 57 Anm. 7. Der Gesetzgeber wird deutlich sprechen, wenn er ändern will. Cf. l. 35 pr. C. de inoff. test. 3,28, welche die reifliche Ueberlegung betont, die jedem Gesetze vorausgeht; auch den Römern haben ihre Gesetze sauern Schweiß und Nachtarbeit gekostet, (multis vigiliis excogitatum atque inventum). Die Gesetze machen sich nicht von selber wie die Gewohnheit. Aber die saure Arbeit heiligt sie, wie der Lebenskampf vor der Gewohnheit dieser die Weihe gibt.

[3]) Windscheid loc. cit. Seite 57.

[4]) Von Ihering, Geist des r. Rs. II. Seite 444 ff.

[5]) Windscheid loc. cit. Seite 58 Anm. 10.

Digitized by Google

Wollte der Gesetzgeber sie beschränken, so würden seine Normen bald nicht geübt werden[1]. Die Logik steht über dem Recht im Gebiete der Auslegung[2].

Die Römer faßten das ganze Resultat in den treffenden Worten zusammen: „scire leges (d. h. Erfassen der Gesetze) non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem".

§ 9.

Die Analogie nach dem Gesetz.

Die Auslegung zieht aus dem Gesetz die logischen Consequenzen und wendet es auf Fälle an, in denen die wesentlichen Voraussetzungen zutreffen[3].

Die Analogie ist Parallel-Consequenz[4]. Sie bedarf neben der Norm einer dritten Größe, der Klage oder der Strafe. Daraus folgt, daß bei den zwanglosen Normen die Analogie undenkbar ist, und daß sie nur ausgelegt werden können. Die Analogie sagt: wenn der Gesetzgeber die und die Norm gab, und daran einen Imperativ für den Staat und die Beamten knüpfte (Entscheide die darauf gegründete Klage! oder: Strafe, wenn der Thatbestand vorliegt!), so folgt daraus logisch, daß nach dem Sinne des Gesetzes an eine ähnliche Form eine gleiche Folge zu knüpfen ist[5]. (Wäre die Norm die gleiche, so ergibt sich die Folge von selbst, sie ist nicht zu folgern sondern ist gefolgert)[6]. Auch die Römer haben den Charakter der Analogie als Parallel-Consequenz klar erkannt[7]. Ihnen kam es auch nicht in den Sinn, zu erforschen,

---

[1]) Diese Erfahrung machte der Gesetzgeber des Preußischen Landrechts, der dem Grundsatze der l. 12, C. de legibus 1,14 folgte „tam conditor, quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur", Landrecht Einl. § 47. Die Beschränkung der Auslegung mußte bald wieder aufgehoben werden. (Dernburg, Lehrbuch I. Seite 16 Anm. 4).

[2]) Aber deßhalb nicht in anderen Gebieten der positiven Normen. Der Einzelne kann eine einzelne Rechtsnorm unlogisch finden, und ist doch an sie gebunden. Das positive Recht ist nicht bloß „Vernunft".

[3]) Schütze, Lehrb. des d. Strafrechts Seite 46.

[4]) Schütze loc. cit.

[5]) Ist die eine Größe $A = B$, und zugleich $= C$, so ist auch $B = C$.

[6]) A ist unter allen Umständen $= A$!

[7]) Cf. L. 12 D. 1,3: ad similia procedere atque ita ius dicere; l. 32 pr. D. 1,3: quod proximum (Auslegung) et consequens (Analogie) ei est; l. 1 D. 1,4: plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur (Verbot der Analogie in bestimmten Fällen; jede Person ist nur sich selbst gleich, mithin verträgt eine persönliche Gunst keine Consequenz); l. 30 § 4 D. 40,5: accomodabimus mentem Senatus consulti (also den Sinn des Gesetzes, nicht den Gedanken des Gesetzgebers!), quae etiam ad heredem infantem rogati trahenda est. Cf. auch l. 7 § 3 D. 48,4; l. 1 § 13 D. 48,10;

Digitized by Google

woran wohl der Gesetzgeber in seinem Inneren gedacht habe?[1]) Ob er wohl muthmaßlich die Consequenzen gezogen hätte? Und in der That ist die Parallel-Consequenz nur nach dem Sinn des Gesetzes zu ziehen; die Gedanken des Gesetzgebers sind nur von Bedeutung, soweit sie im Gesetz Ausdruck gefunden haben. Mit der Setzung des Gesetzes ist die logische Parallel-Consequenz geboten. Soll sie ausgeschlossen sein, so bedarf es eines ausdrücklichen[2]) Verbots[3]).

Die Parallel-Conseqenz ist eine doppelte.

Einmal ist ein Gesetz gegeben und die Folge der Klage, daneben ein ähnlicher Fall, für den die Folge der Klage gezogen wird. Dies ist die sog. Gesetzesanalogie. Hier kommt es darauf an, ob der Fall wirklich ein ähnlicher ist, ob der wirkliche Sinn des Gesetzes auf ihn angewendet werden kann?[4]).

Die zweite Art der Analogie, die Rechtsanalogie, ist weit schwieriger zu entwickeln. Hier ist gegeben die verfassungsmäßige gerichtliche Entscheidung aller Lebensverhältnisse. Für ein bestimmtes Lebensverhältniß aber ist keine bestimmte Rechtsnorm gegeben, auch keine ähnliche. Mithin haben wir parallel nur die Folge, aber nicht die Rechtsnorm, und hierin scheint ein so schweres logisches Bedenken zu liegen, daß die ganze Rechtsanalogie auf den ersten Blick bedenklich erscheint. Wächter, der zuerst die Rechtsanalogie entwickelt[5]), hilft sich mit allerlei allgemeinen Ausdrücken, die er aufeinander häuft; er sagt, man solle entscheiden im Geiste des bestehenden Rechts, nach der Analogie des gesammten positiven Rechts, nach der Natur der Sache, nach dem Geiste des bestehenden Rechts überhaupt, nach den demselben zu Grunde liegenden allgemeinen Principien, nach der alle Verhältnisse beachtenden Gerechtigkeit[6]). Allein dem gesammten Rechte kann gar keine einzelne Norm

---

l. 10 D. 48,8; l. 1 § 13 D. 48,16. Aber dabei ist zu beachten, daß die Römer die Normen des Strafrechts von denen des Civilrechts nicht streng getrennt haben.

[1]) Cf. Schütze loc. cit. Seite 46.

[2]) Die Auslegung kann nicht verboten werden (A bleibt = A); aber die Analogie, die Parallel-Consequenz mit ihrem complicirten Schlusse, kann verboten werden. Ein solches Verbot enthält § 2 des Strafgesetzbuchs aus dem Grunde, weil in der Verfassung der Schutz der Güter geboten ist.

[3]) Das Verbot des Gewohnheitsrechts enthält das Verbot der Analogie nicht mit. Die Analogie wendet mitgesetztes Recht an, sie schafft kein Gewohnheitsrecht, sie ist keine Rechtsquelle neben dem Gesetz. Verboten ist aber mit dem Gewohnheitsrecht die Analogie der Gewohnheitsnorm.

[4]) Die Prüfung ist eine rein logische. Ein Beispiel enthält l, 32 § 16 D. 24,1. Cf. Windscheid Pand. I. Seite 60 Anm. 2. (Die Fälle der Auslegung sind meines Erachtens vollständig von denen der Parallel-Consequenz zu trennen, sie sind Fälle der einfachen Consequenz).

[5]) Arch. des Criminalr. N. F. 1844. Seite 424.

[6]) Das Zurückgehen auf die Gerechtigkeit findet sich auch bei Schloßmann im „Vertrag".

Digitized by Google

parallel gestellt werden, und die Gerechtigkeit fordert nur Lösung des Streits, also Entscheidung, weil andere Streite ja auch entschieden werden[1]), sie gibt also nur die Folge an, die schon die Verfassung garantirt, ohne die parallele Norm zu geben.

Windscheid[2]) nennt den Fall, wo Rechtsanalogie eintritt, eine „Lücke". Meine Darstellung zeigt, daß für die Norm eine Lücke besteht, denn es fehlt eine ähnliche Norm. Er will aus dem Geiste des Rechtsganzen wie Wächter entscheiden. Er corrigirt sich aber sofort selbst, und sagt, man müsse dabei von den in dem Rechtsganzen wirklich ausgesprochenen Rechtssätzen ausgehen, und die in diesen sich darstellende specifische Art und Weise der Rechtsauffassung auf das einer rechtlichen Normirung bedürftige Verhältniß übertragen. Demnach ist nicht nach dem Geiste des Rechtsganzen sondern nach einer specifischen Aeußerung desselben zu entscheiden.

Meine Ansicht ist folgende: Der Sinn des Rechtsganzen tritt in den einzelnen organischen Instituten zu Tage, und zwar in specifischer Weise. Jedes Institut hat sein Leben gebendes Grundprincip. Bei der negotiorum gestio ist es z. B. die utilitas absentis neben der utilitas absentium, bei der Abwesenheitsvormundschaft das öffentliche Interesse allein. Dieses Grundprincip kann ausgesprochen sein[3]), es kann aber auch nicht ausgesprochen sein[4]). Dann muß es sich aus anderen Aeußerungen der Gesetzgebung ergeben[5]). Soweit das der Fall ist, ist die Construction aus dem Grundprincip eine zulässige Construction aus dem gesetzten Recht. Denn die logische Operation ist durch das Setzen des Gesetzes mitgefordert. Wenn aber kein specifisches Grundprincip da ist? Der Richter kann nie die Entscheidung eines Falles wegen „Lücken" ablehnen. Bruns[6]) sagt mit Recht, es könne keine Lücken im Rechte geben. „Wo ausdrückliche Bestimmungen in den Gesetzen fehlen, müssen und können sie durch Schlußfolgerungen aus den vorhandenen ergänzt werden". Das positive Recht ist ein Organismus, der jeden Fall umfaßt und keine Lücken kennt.

---

[1]) Diese Consequenz folgt mit aus der Gerechtigkeit, aber zunächst aus deren Verwirklichung in der Verfassung. Cf. Dahn, Vernunft im Recht, Seite 101 über „Gerechtigkeit".

[2]) Pand. I, Seite 62.

[3]) § 1 Jnst. de obl. quasi ex contr. 3,27.

[4]) Cf. Preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 82.

[5]) Das Grundprincip der Preußischen Abwesenheitsvormundschaft ergibt sich z. B. daraus, daß mit dem Wort Vormund das Grundprincip des öffentlichen Vormundschaftsrechts, d. h. das Interesse der Allgemeinheit, nicht der absentes, gesetzt ist.

[6]) Cf. v. Holtzendorff loc. cit. Seite 401.

Digitized by Google

§ 10.

Die Analogie nach der Gewohnheit.

Die Analogie nach der Gewohnheit wird nur von Wenigen erwähnt, und von diesen in größter Kürze.[1])

In der That läßt sich nicht viel von ihr sagen. Schon die Auslegung des Gewohnheitsrechtes kann nicht den Sinn von menschlichen Worten erklären,[2]) sondern eben nur die Thatsache der Gewohnheit. Die opinio necessitatis, der Normengeber und der Trieb, der Normengehorcher, welcher sich daran gebunden fühlt, ist, wenn die Existenz feststeht, gar nicht weiter auszulegen.

Die Analogie ist für die Gewohnheit undenkbar. Die allgemeine Folge der Prozeßentscheidung existirt zwar auch hier, aber die Norm ist nicht im Wort ausgesprochen, sondern nur in der Gewohnheit. Nur die gewohnheitsmäßige, geübte Norm gilt.

Wir dürfen uns dabei nicht durch den Umstand irre machen lassen, daß zur Zeit des Gewohnheitsrechtes die gelehrten Richter dasselbe auslegten und analog anwandten. Die Thätigkeit der Richter, somit wie sie über die Uebung hinausgingen, war weder Auslegung noch Analogie, sondern Schaffung neuen Rechts, das so lange werdendes Recht war, bis es in der nationalen Gewohnheit neues wirkliches Recht wurde.

Betrachten wir im Anschluß daran die gewohnheitsmäßige Auslegung und die gewohnheitsmäßige Analogie. Beide sind weder Auslegung noch Analogie, sondern neues Gewohnheitsrecht. Ist also diese Rechtsquelle verkümmert und verboten, so hat jeder Richter nach den Gesetzen seiner Logik das positive Recht auszulegen und analog anzuwenden[3]).

Wir müssen uns, wie auch dieser Paragraph zeigt, endlich darüber klar werden, daß das Gewohnheitsrecht etwas Unentwickeltes, Zurückgebliebenes, von der Entwickelung unserer Zeit entschieden Ueberholtes ist.[4])

---

[1]) Z. B. von Wächter im Arch. für Criminalr. N. F. 1844 Seite 423 Anm. 9.

[2]) Windscheid Pand. 1. Seite 54.

[3]) Im Strafrecht ist jetzt die Gewohnheit als Quelle und die Analogie überhaupt verboten. Deshalb bleibt hier nur die Auslegung für den Richter übrig.

[4]) Ich verweise auch auf die trefflichen Erörterungen von Iherings, Geist des Römischen Rechts, 3. Aufl., I. Seite 30. Aus v. Iherings Forschung ergibt sich auch, daß an eine Auslegung und Analogie der alten Rechtssprichwörter gar nicht zu denken ist. Schon die Anwendung derselben erfordert höchste Vorsicht. Diese „ersten plastischen Versuche eines Volkes" (loc. cit. Seite 28) aus der „Kindheitsperiode" ermangeln der Erfordernisse der Norm, der Beobachtungsgabe und des Darstellungstalents. Aus ihren „Definitionen" könnte man oft Folgerungen ziehen, von denen sie gerade das Gegentheil gewollt haben. Das männliche Volk normirt sein Recht ganz anders, als das kindliche.

Digitized by Google

§ 11.

Die Aufgabe der Rechtswissenschaft.

Daß das Recht ein Organismus, nicht im Bilde sondern im wahrsten Sinne des Wortes ist, bedarf heute keines Beweises mehr. Die Einwendungen der Gegner lassen mich so kühl, wie die Einwendungen der Materialisten, die in allen Dingen nur Stoff und Mechanik sehen. Die Anschauung, welche im Recht ein äußerliches Aggregat willkürlicher Bestimmung sieht, einen wüsten, vom Gesetzgeber geschaffenen Wust von Normen, ist in der Rechtswissenschaft überwunden. Es gibt freilich Einzelne, die das „entweder-oder!" nicht aussprechen. Das Recht hat Einheit in der Vielheit, Wachsthum von innen heraus, es ist organisch! Oder — es ist nicht! Tertium non datur!

Zunächst bildet sich der Organismus ganz unbewußt, später bewußt, aber auch dann liegt der sittliche Geselligkeitstrieb nicht im Bewußtsein, sondern in der Tiefe unseres Wesens. Die bewußte Bildung beginnt mit dem Aussprechen des Erkannten, mit der Formulirung des Rechts[1]). Sie erreicht ihre Höhe mit dem möglichst besten Gesetz[2]), dem die möglichst beste Wissenschaft[3]) zur Seite steht.

„Wie jeder Organismus zusammengesetzt ist aus verschiedenen Theilen, so auch der des Rechts"[4]). Jeder Theil des Rechts hat sein Lebensorgan, sein Grundprincip, und von diesem aus hat die Wissenschaft das Gesetz zu erfassen und zu erklären. Alle Theile des Rechts hat sie dann organisch zum Rechtskörper zusammenzufügen, den sie nicht schafft, aber der erst durch ihr Ergreifen in seiner Erscheinung von uns verstanden wird.

Zu einer Zeit aber geht die Aufgabe der Wissenschaft noch weiter. Wenn werdendes Recht normirt sein will, wenn gar eine Codification vor der Thüre steht[5]), dann hat sie die Gesetzgebung bei der Formulirung und Darstellung des Rechts zu unterstützen[6]).

---

[1]) Von Jhering, Geist des R. R. I. Seite 27.

[2]) Das möglichst beste Gesetz ist das beste für seine Zeit. Ein Normal-Gesetz, losgelöst von der Nation und der Geschichte, kann es in der sich entwickelnden und ewig flüssigen Erscheinungswelt nicht geben. Eine Normal-Moral dagegen ist denkbar, denn sie erfaßt das Jch nicht im Werden sondern im Sein.

[3]) Die Praxis nenne ich nicht daneben, sie kann in dieser Zeit nur eine wissenschaftliche sein, denn die nackte Thatsache ihrer Uebung schafft kein Gewohnheitsrecht mehr. Jn dieser Zeit wird die Wissenschaft praktisch, und die Praxis wissenschaftlich, beide sind Schwestern einer Mutter, der in ihrer Zeit und ihrer Nation entwickelten Wahrheit.

[4]) Von Jhering, loc. cit. Seite 27.

[5]) Wie dies jetzt der Fall ist.

[6]) Zu andern Zeiten ist ein Erörtern de lege ferenda wenig am Platze, denn es ruht auf subjectiver Dastellung, die kaum praktisch werden kann. Anders

Digitized by Google

steht es im Strafrecht. Dasselbe ist von der deutschen Wissenschaft viel später erfaßt, ist jünger als das wissenschaftliche Civilrecht, deßhalb mehr der Kritik ausgesetzt. Dazu kommt eine wesentliche Abweichung vom Civilrecht. Alles Unrecht ist strafbar, aber nicht alles Unrecht wird bestraft. Ob es bestraft werden soll, sagt der Zweck der Strafe. Hier schafft also das Gesetz ein Rechtsverhältniß, die Bestrafung, im Gesetz, während das Lebensverhältniß des Civilrechts, auf dem auch das Unrecht im letzten Grunde ruht (z. B. Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache), nicht erst durch das Gesetz geschaffen wird. Deßhalb hat die Wissenschaft kritischer an die Strafgesetze heran zu gehen, wobei sie aber nicht vergessen darf, daß ihr Hauptzweck das Lehren des positiven Rechts erfordert. (Auch Binding sagt: „der Strafgesetzgeber erzeugt das Verbrechen" Normen I Seite 55). — Dazu kommt, daß das Lebensverhältniß schärfer verstanden sein will, wenn man ein Uebel zufügen soll, als wenn man es entscheiden, richten soll.

Digitized by Google

IV.

Die Quellen des künftigen Reichs-civilrechts.

Digitized by Google

§ 1.

Die Frage des künftigen Reichscivilgesetzbuchs.

Die Frage nach der Codificirung des deutschen Reichscivilrechts ist insofern gelöst, als das „Daß“ und das „Wie?“ fest steht. Das Gesetz vom 20. Dec. 1873 (Reichsgesetzbl. S. 379) normirt: „An die Stelle der Nr. 13 des Art. 4 der deutschen Reichsverfassung tritt die nachfolgende Bestimmung: Die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche[1]) Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren“. Ueber die Vorarbeiten sind mannigfache Veröffentlichungen im „Deutschen Reichsanzeiger“ ergangen. Daraus ergibt sich[2]), daß im Bundesrath von vornherein die Anschauung, daß auf Grund der erweiterten Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt des Reichs das Privatrecht nicht bloß durch einzelne Gesetze[3]) fortzubilden, sondern möglichst vollständig zu kodificiren sei, überwog. Der Ausschuß für Justizwesen hatte dem entsprechend am 12. December 1873 den Auftrag erhalten, über die Einsetzung einer Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs sich zu äußern. Er stellte am 8. Februar 1874 den Antrag, fünf angesehene deutsche Juristen zu berufen, mit der Aufgabe, über Plan und Methode Vorschläge zu machen. Der Bundesrath erhob am 28. Februar den Antrag zum Beschluß und

[1]) Fitting hat 1871 vorgeschlagen zu normiren: „Die gemeinsame Gesetzgebung über Privatrecht“ (cf. Archiv für die civilistische Praxis, 54. Band, 1871, Seite 266 in dem Aufsatz: „Ueber die Mittel zur Erzielung der Einheit des Privatrechts im deutschen Reiche“). Das deutsche Wort „bürgerliches Recht“ hat meines Erachtens keinen guten Klang. Uns mangelt noch das rechte Wort für den römischen Begriff.

[2]) „Die Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs“. Separat-Abdruck Nr. 5 aus dem deutschen Reichs-Anzeiger 1877. Herausgegeben von der Redaction des Reichsanzeigers.

[3]) Das empfahl mit guten Gründen Fitting loc. cit. Mögen seine schweren Bedenken von der Commission durch die That beseitigt werden! Nach seinem Wunsche sollten eine Anzahl Specialgesetze das Gesetzbuch vorbereiten, die dann durch Zusammenstellung in einem vollständigen Civilgesetzbuche den vollen Abschluß finden könnten, Seite 278 loc. cit.

Digitized by Google

wählte die Vorkommission[1]), die am 18. März in Berlin zusammentrat und ihre Aufgabe in 14 Sitzungen erledigte. Das Ergebniß legte sie in einem dem Bundesrath am 15. April erstatteten Gutachten nieder[2]). Der Bundesrath faßte in der Sitzung vom 22. Juni 1874 unter Genehmigung der Anträge des Ausschusses den Beschluß, daß Plan und Methode des Gutachtens im Allgemeinen zu billigen sei, daß die zur Entwerfung des Gesetzbuchs zu berufende Commission aus 11 Mitgliedern zu bestehen habe, welche vom Bundesrath mit Stimmenmehrheit zu wählen sind, deren Vorsitzenden aber der Reichskanzler ernennt ꝛc. ꝛc., und ernannte am 2. Juli die Mitglieder der Commission[3]). Ueber die schon weit vorgeschrittenen Arbeiten sind mehrfach kurze Veröffentlichungen erfolgt[4]).

§ 2.

Die Aufgaben der künftigen Reichscivilgesetzgebung.

Zunächst hat der Gesetzgeber des künftigen Reichsrechts die Lehre von den Rechtsquellen zu normiren. Erst eine praktische Prüfung kann ergeben, ob die Gewohnheit verkümmert[5]) ist, und der Rechtstrieb nur das Gesetz gibt und ihm gehorcht. Mir scheint es, als ob die Gewohnheit nicht nur nicht das Gesetz aufheben, sondern auch jetzt nicht mehr neben dem Gesetz Recht schaffen könne. Demnach würde sich nach meiner Ansicht ein gänzliches Verbot derselben empfehlen, denn es wäre wirksam.

Nun könnte man fragen, wozu soll nicht Existirendes verboten werden? Um dem Rechtstrieb zu sagen, daß er mit Recht jetzt allein Gesetze gebe und Gesetzen gehorche, damit er bewußt seine richtige Bahn weiter verfolge.

---

[1]) Goldschmidt, von Kübel, Meyer, von Neumayr, von Weber, an Stelle des erkrankten Präsidenten Meyer wurde von Schelling berufen.

[2]) Cf. hierüber den citirten Separat-Abdruck Seite 4 ff.

[3]) Dr. Pape, Vorsitzender, Derscheid, Dr. Gebhard, Johow, Dr. von Kübel, Kurlbaum II, Planck, Dr. von Roth, Dr. Schmitt, von Weber, Dr. von Windscheid.

[4]) Offenbar wünscht man keine Kritik noch während der Vorarbeit. Einzelnes erhellt indeß schon jetzt. So ist die Abtrennung der positiven Institute in meinem Sinne von der Commission nicht wohl zu erwarten, sie werden unter das Obligationenrecht gestellt werden, „wobei vorbehalten bleibt die definitive Beschlußfassung, welcher terminus technicus (Recht der Forderungen, Recht der Schuldverhältnisse) zu wählen".

[5]) Solche Verkümmerungen kommen auch in dem Umfang der einen Quelle des Gesetzes selbst vor. „Die Particularrechte der kleinern deutschen Staaten weisen sogar vielfach die deutlichen Merkzeichen einer zunehmenden Verkümmerung auf". (Fitting im Archiv für die civilistische Praxis, Band 54, Seite 264).

Digitized by Google

Daß die Gesetzgebung stille stehen werde, ist nicht zu erwarten. Sie wird und muß nach dem Entwicklungsgesetz, übrigens doch auch nach der Verfassung, das werdende Recht setzen, wenn es Satzung verlangt. Für neue Lebensverhältnisse (Patente, Muster ꝛc.) haben wir noch nie in der Gegenwart auf die Gewohnheit gewartet, und Auswüchse alter Lebensverhältnisse (übermäßige Zinsen) fanden heut noch stets im Gesetz ihre Beschränkung ohne die Hülfe der Gewohnheit (Wuchergesetz).

Mir scheint aber ein ständiger Gesetzgebungshof von Juristen nöthig zu sein, der an den Bundesrath betreffs neuer Normirungen des werdenden Rechts Anträge zu stellen hätte, die dann in der Vorlage eventuell ihren Ausdruck fänden. Gerichte und Laien hätten ihre Forderung diesem Hofe zunächst vorzulegen.

Daran, daß die Gesetzgebung sich dem nationalen Leben entfremden und Lebensverhältnisse befehlen könne, die nicht existiren, denkt heut Niemand mehr. Ein solcher Versuch wäre unmöglich. Preußens Erbschatz[1]) ist so wenig praktisch geworden wie die Anpflanzung der Maulbeerbäume auf Kirchhöfen[2]) durch das Landrecht erzwungen worden ist.

Für die Auslegung des künftigen Reichsrechts werden die allgemeinen Gesetze gelten müssen, denn es sind logische Denkgesetze.

Was die Analogie betrifft, so geht meine Ansicht dahin, daß sie auch im künftigen Recht ihren vollen Platz behalten muß. Sie ist keine Bildung des Gewohnheitsrechts und nicht durch dessen Verbot betroffen. Sie zu verbieten wie im Strafrecht, liegt nach meiner Theorie kein Grund vor[3]). Ein solches Verbot würde die Wissenschaft ungehörig fesseln, ja im Civilrecht unwirksam sein.

Die Principien für die Analogie brauchen im Gesetzbuch nicht ausgesprochen zu sein. Dasselbe hat Rechtsregeln zu geben[4]). Aber diese müssen auf erkennbaren Principien fußen, damit sie die Wissenschaft erfassen kann. Es verhält sich damit fast so, wie mit den Normen im Strafrecht.

Ferner hat das Gesetzbuch neues, einiges Recht zu schaffen, denn auch das Beibehalten erscheint als neuer Imperativ. Für die Beibehaltung wie für die Neugestaltung ist aber der Einfluß des Gesetzes und der Gewohnheit, wie er bisher stattfand, von größter Wichtigkeit, denn er zeigt, wo die Hebel der Gesetzgebung jetzt einsetzen müssen. Dieser verschiedenartige Einfluß muß daher kurz erörtert werden.

---

[1]) L. R. II, 1, §§ 277—309, §§ 540—542. Es ist in der Praxis der Fall vorgekommen daß ein Richter auf den „Erbschatz" aufmerksam machte. Aber es hat Niemand Neigung gehabt einen Erbschatz zu constituiren.

[2]) L. R. II, 11, §§ 818—820. Uebrigens war dieser vergebliche Versuch gut gemeint.

[3]) Von Bethmann-Hollweg, über Gesetzgebung ꝛc. 1876, Seite 12.

[4]) Von Bethmann-Hollweg loc. cit. Seite 15.

Digitized by Google

Im allgemeinen Theil zeigt sich so recht der wohlthätige Einfluß der Wissenschaft auf das Recht, die Abstractionen desselben liegen der Uebung fern, und das Volk erhält sie von den Juristen und schafft sie dann im Leben zum Recht um.

Im besonderen Theil ist zunächst das Sachenrecht zu prüfen. Hier wirkt die Uebung in regstem Leben. Ja sie wirkt oft rein local, weßhalb auch nach dem Gesetzbuch der Landesgesetzgebung hier Raum bleiben wird, wie ja auch für das Forstrecht, das Wasserrecht, Mühlenrecht, Fischereirecht, Jagdrecht, Sielrecht, Bau- und Nachbarrecht, Zusammenlegungsrecht von Grundstücken, Enteignungsrecht, Gesinderecht, Raum bleiben soll. Diese Dinge sind eben Heimathsrecht und durch ihre Natur localer Art.

Zum Heimathsrecht gehört freilich auch das Recht des Grundstücks. Indessen muß die Gesetzgebung für den Immobiliarverkehr wohl einheitliches Recht im Verkehrsinteresse finden. Hierbei ist zu erwägen, ob die dem Leben und dem Nutzen des Ackerbaus fremde Grundschuld des Preußischen Rechts, die nur eine Theorie geschaffen, nicht besser wegzulassen ist?

Was die Wirkung des ungesetzten Rechts auf das Vertragsrecht betrifft, so äußert sich dieselbe allerdings zunächst nur in der Form bestimmter Verträge. Dann erst wird der Begriff des Vertrags selbst erfaßt, während er in den einzelnen Verträgen lebt, ohne zum Bewußtsein der Vertragschließenden gekommen zu sein.

Schloßmann nennt den Vertrag ein „juristisches Nichts“[1]). Allein wenn ich demselben auch darin beistimme, daß die Natur der staatlichen Gesammtheit nie aus einem Vertrage zu erklären ist[2]), kann ich auf keinen Fall zur Erklärung der Verträge den Vertragsbegriff des subjectiven Rechts missen. Römische und deutsche Gewohnheit hat ihn geschaffen. Zweierlei ergibt sich aber als theilweises Zugeständniß gegen Schloßmann. Einmal steht über dem Parteiwillen der durch die Gewohnheit geschaffene Mustervertrag. Will ich diesen, so will ich seinen ganzen Inhalt mit. Wer kaufen will, will einen Kauf nach seinem privatrechtlichen Musterkauf. Will er eine Abweichung, so muß er sie äußern. Aber die letzte Grundlage ist unter allen Umständen der subjective Parteiwille, sei es, daß er einfach den Mustervertrag will, oder sich speciell äußert (anders Schloßmann loc. cit. S. 99). Zweitens sind die allgemeinen Sätze des Vertragsrechts allerdings vielfach zunächst von der Wissenschaft erfaßt und erst dann Gewohnheitsrecht geworden. Allein sie sind deßhalb natürlich nicht weniger objectives Recht als das Recht der einzelnen Verträge.

Mir scheint es, als ob zumeist die Quasi-Theorie Schloßmann zur

---

[1]) Der Vertrag, 1876, Seite 165.
[2]) loc. cit. Seite 165.

Digitized by Google

Verwerfung des Vertragsbegriffs geführt hätte. Er greift diese heftig an und sagt u. A. am Eingange seiner Schrift[1]): „Für die Kategorieen der Quasicontracte und Quasidelicte wird ja wohl von Niemandem mehr bestritten, daß es keinerlei positive Merkmale gibt, nach welchen die Unterstellung eines Thatbestandes unter die eine oder die andere derselben zu begründen wäre"; mit Recht nennt er die Rubrik der variae causarum figurae eine centuria ni quis scivit[2]). Allein die Construction aus der Fiction[3]) des Quasivertrags ist total verschieden von der Construction aus dem Mustervertrag. Wer einen Kauf schließt, will das Recht des Kaufs gegenseitig walten lassen. Wessen Geschäfte geführt werden, ohne daß er davon weiß, will nichts, und doch haftet er unter Umständen. Aus dem Mustervertrag dürfen wir „construiren", aus der Fiction aber nicht[4]).

Aus dem Obligationenrecht, wo rege Uebung gewaltet hat, aber das neue Gesetz weit mehr geschaffen hat, bleibt Vieles ausgeschlossen. Dem neuen Handelsgesetzbuch und den Spezial-Reichsgesetzen soll überlassen bleiben: Das Handels-, Wechsel- und See-Recht, das Recht der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, das Binnenschifffahrtsrecht, das gesammte Versicherungsrecht, das Verlagsrecht; ferner das Urheberrecht, das Recht des Patent-, Marken- und Musterschutzes, die Bankgesetzgebung, das Post- und Telegraphenrecht, das Bergrecht. Die Spezialgesetze sind aber nur inhärirende Theile des einen Systemes und insbesondere muß für sie der allgemeine Theil gelten.

Das Obligationenrecht ist zu trennen in Vertragsrecht und Recht der positiven Institute. Auf letztere werde ich noch besonders eingehen, um den Widerspruch gegen diese Eintheilung von ihrer Richtigkeit und Wichtigkeit zu überzeugen.

Das Familienrecht ist mit seinen persönlichen Verhältnissen einheitlich zu ordnen. Die deutsche Ehe muß e i n e in persönlicher Hinsicht sein. Ich verweise auf die gute Ausführung bei v. Bethmann-Hollweg „über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit," S. 54 ff.[5])

Die Vermögensverhältnisse der Ehe können nicht einheitlich, sondern nur nach den Stammesrechten geordnet werden. Der Rechtstrieb hat hier durch unsere deutsche Geschichte keine nationale, sondern Stammes-

---

[1]) loc. cit. Seite 20.

[2]) loc. cit. Seite 19.

[3]) loc. cit. Seite 43, 38.

[4]) Beim Mustervertrag bezeichnen wir die Dinge nicht als etwas Anderes als sie sind (loc. cit. Seite 65 Anm. 1) wohl aber bei den Quasiverträgen. Hier liegt kein Grund vor, römischer Anschauung zu folgen, für die Schloßmann eine gute Begründung gibt (loc. cit.).

[5]) Der Vorschlag eines besonderen Ehegerichts verdient entschieden eingehende Prüfung, S. 56 loc. cit.

Digitized by Google

natur. Die überaus fleißige Arbeit: „Welches System des ehelichen Güterrechts empfiehlt sich als Principalsystem für das bevorstehende deutsche Reichscivilgesetzbuch?" (Dr. F. Weber, 1882) gibt mir die Lösung nicht, weil ich nicht glaube, daß ein Principalsystem Annahme findet,[1]) da sich jeder Stamm nach seinem Eherecht richten wird. Auch das landrechtliche System der Gütertrennung ist nur in Sachsen und Schlesien vorzugsweise herrschend.[2])

Die „ganze Fülle des deutschen Rechts" (ich halte diesen Ausdruck v. Gerbers nicht für „etwas euphemistisch", sondern auf diesem Gebiete für vollberechtigt, cf. F. Weber loc. cit. Seite 4 Anm. 4) ruht auf der Stammesverschiedenheit, die sich immer und zu allen Zeiten im Familien-Güterrecht spiegeln wird. Es bleibt nur übrig, die großen Gruppen, wie sie die Wissenschaft erfaßt hat, zu codificiren und neben einander zu stellen, so daß jeder Stamm sein codificirtes Recht findet. Zu beseitigen ist die in's Kleine gehende locale Verschiedenheit (Recht einzelner Städte[3]) 2c. — Die Verschiedenheit dieses Rechts wird dem Einheitsgedanken nie schaden. Ich halte aber auch einen etwaigen Beseitigungsversuch für durchaus erfolglos.

Dr. G. Binding[4]) erkennt, daß die wichtigste Frage die ist, was gelten soll, wenn die Eheleute nichts vereinbart haben.[5]) Jetzt entscheidet das Gesetz oder die Gewohnheit der betreffenden Gegend oder des Stammes.[6]) Binding will dafür die Gütergemeinschaft und zwar die Errungenschaftsgemeinschaft im Gegensatze zu der allgemeinen Gütergemeinschaft entscheiden lassen.[7]) Allein es ist bekannt, wie scharf ein großer Kenner der ehelichen Güterrechte, Gerber, dieses System verwirft.[8]) Es existirt eben keine einheitliche allgemein anerkannte Form des ehelichen Güterrechts, und sie kann nicht geschaffen werden, weil hier die Stammesunterschiede der Deutschen noch viel zu tief im Wesen wurzeln.[9])

Das Familienrecht des hohen Adels[10]) eignet sich aus einem anderen

---

[1]) Cf. mein „Grundprincip der neg. gestio und das Recht der positiven Institute" S. 43.

[2]) Dernburg Lehrbuch B. 3, Seite 74.

[3]) B. Gerber loc. cit. Seite 611 Anm. 2.

[4]) „Ueber die von dem künftigen Reichsgesetze zu wählende Grundgestaltung des ehelichen Güterrechts." Archiv für die civ. Praxis, Band 56 (N. F. 6. B.) Seite 49 bis 121, (Nicht zu verwechseln mit dem Autor der Normen!).

[5]) loc. cit. Seite 53.

[6]) loc. cit. Seite 56.

[7]) loc. cit. Seite 70.

[8]) loc. cit. Seite 72 ff.

[9]) Der Ehevertrag widerstrebt dem Wesen der Ehe! A. M. Binding loc. cit. Seite 54.

[10]) Cf. Hierüber H. Schulze „Das deutsche Fürstenrecht" Seite 1259 ff. in v Holtzendorffs Encyclopädie, vierte Auflage.

Digitized by Google

Grunde nicht für ein Normalstatut. Die Autonomie der einzelnen Häuser widerspricht aus staatsrechtlichen Gründen einer einheitlichen Regelung durch das Gesetzbuch. Es liegt auch absolut kein Bedürfniß hierfür vor. Für die Anerkennung des Privatfürstenrechts im Gesetzbuch hat m. E. Beseler einen guten Vorschlag in präciser Fassung gegegeben (Beseler: Ueber die Stellung des bürgerlichen Gesetzbuchs Deutschlands zu dem Familienrechte des hohen Adels, 1877, Seite 50 ff.)

Das Erbrecht eignet sich weit mehr zu einheitlichen Grundsätzen. Im Testament hat der Stammescharacter des Triebes freien Spielraum. Der Wille äußert sich auch hier in vielgestaltigen Erbverträgen, während bei dem innigen Bande der Ehe nur wenige an einen Ehevertrag denken. Von Bethmann-Hollweg[1]) macht mit Recht auf den mustergiltigen Entwurf von Dr. Friedrich Mommsen aufmerksam, der 1874 durch die Preisaufgabe des Juristentages hervorgerufen und als gekrönte Preisschrift 1876 herausgegeben worden ist.

Das Verhältniß der Rechtsquellen zu den positiven Instituten muß ich an besonderer Stelle besprechen, weil ich annehme, daß dieselben im positiven Rechte bereits ihre besondere Stelle einnehmen, und fordere, daß sie dieselbe im künftigen Gesetzbuche durch abgetrennte Behandlung erhalten.

Ich habe mit meiner Ansicht über die positiven Institute wenig Beifall aber noch weniger sachliche Kritik gefunden. Nur Windscheid hat in seinen Pandecten meine Ansichten über die negotiorum gestio eingehend gewürdigt. Die Abhandlung über das negotium utiliter gestum aber war es gerade, die mich zur Aufstellung dieses Begriffes führte. Indem ich bei einer zweiten Abhandlung über die Testamentsexekutoren wieder auf die großen Irrthümer der Quasitheorieen und die Unwahrheiten des Construirens aus Fictionen stieß, trieb es mich, die Quasitheorieen nochmals eingehend zu prüfen. Ich traf hier auf die heftigsten Angriffe E. Ruhstrats gegen mich, der meinen Vorschlag de lege ferenda verworfen. Ruhstrat hatte den Nachweis der Unhaltbarkeit durch Beispiele zu führen gesucht. Weil es mir mit meiner Ansicht de lege ferenda aus vollster Ueberzeugung sehr ernst ist, habe ich eine Gegenschrift geschrieben und, obwohl ich weiß daß Antikritiken mißlich sind, Ruhstrat an denselben Beispielen zu widerlegen gesucht[2]). Wenn es sich nur um eine Auffassung der Rechtsquellen meinerseits gehandelt hätte, so hätte ich die Antikritik unterlassen, so aber handelt

[1]) loc. cit. Seite 35 und 56.

[2]) Wenn Bruns scil. Eck in der Encyclopädie von v. Holtzendorff 4. Aufl. Seite 495 Anm. 1 wohl kaum meine „positiven Institute" billigt, so nennt er doch die Fiction des Mandats eine „Uebertreibung". Der Zusatz „cf. aber auch Ruhstrat in der kr. V. XXI. S. 366" scheint aber dafür zu sprechen, daß Ruhstrats Ansicht nicht zu diesen „Uebertreibungen" gezählt wird, und daß die Encyclopädie Ruhstrats Ansicht näher steht, als der meinigen.

Digitized by Google

es sich um ein großes Interesse für das deutsche Gesetzbuch, und deßhalb war es für mich Pflicht, nicht zu schweigen, wenn ich nicht ein wissenschaftliches Omissivdelict begehen wollte. Die Kritik darf doch wohl überzeugt sein, daß ein Autor mit unbekanntem Namen einen Vorschlag, der so gänzlich neu ist, nur nach vorsichtigster Erwägung und aus zwingender Ueberzeugung wagen wird. Für mein logisches Denkvermögen erscheint es absolut nothwendig, mit den Quasiverträgen und den Quasidelicten zu brechen. Der Kampf gegen die Fiction ist ja nicht neu, hier stehe ich nicht allein. Köppen (die Erbschaft, 1856), Berger (Kritische Beiträge 1856), Demelius (die Rechtsfiction, 1858) und Kuntze (die Obligation und die Singularsuccession) haben sich mit ihr beschäftigt. Von Ihering sagt aber mit Recht, daß sie zuviel hinter ihr suchen (Geist des Römischen Rechts 3. Theil 1. Abth. Seite 293). Kuntze sieht z. B. in „diesem wundersamen Reich der Fictionen ein dämonisches Walten“. Von Ihering hat meines Erachtens ihre Bedeutung für das Römische Recht völlig ausreichend erklärt (loc. cit. Seite 294 ff.). Man rettete durch sie formell das bisherige Recht. Aber leider benutzt man heut diese „technische Nothlüge“ nicht als Nothbehelf (als „theoretischen Nothstand“), sondern construirt und folgert aus der Nothlüge. Meines Erachtens muß die Wissenschaft heut „ohne sie fertig werden“. (Von Ihering loc. cit. Seite 297), denn ihre dogmatische Aufgabe ist erfüllt. Sie hat jetzt absolut keine Berechtigung für die Construction mehr (A. M. ist von Ihering loc. cit). Diese Forderung ist, wie erwähnt, nicht neu, neu aber ist das Verweisen auf das Grundprincip des betreffenden Instituts. Dieses Grundprincip ist der Grundzweck, von dem der Gesetzgeber — sei es Gesetz oder Gewohnheit — ausgeht, der das ganze Institut beherrscht, und der von dem Richter wie dem Rechtsgelehrten aufgesucht werden muß, um das Institut zu begreifen. Ich sage, auch die Gewohnheit wird von dem Grundprincip beherrscht. Damit fällt der Einwand, daß dies Verfahren eine falsche Ausdehnung der ratio legis sei. Meiner Ansicht analoge Gedanken finde ich einzig und allein in v. Iherings „Zweck im Recht.“ Das Grundprincip ist der Hauptzweck des positiven Instituts. Ich weiche aber, wie ich in meinen Commissivdelicten nachgewiesen, von v. Ihering darin ab, daß ich den Zweck als Princip des Rechts anerkenne, ihn aber nicht für den Schöpfer des Rechts halte, der für mich der vom Triebe beherrschte Wille ist. Wenigstens halte ich ein Zweckgesetz als Ursache nicht für erkennbar[1]), und bin in Bezug darauf um so bedenklicher, als die Philosophie

---

[1]) „Die Geburtsstätte des Zweckbegriffs ist lediglich das Gebiet der Selbsterfahrung“, der Mikrokosmus sucht im Makrokosmus, was in ihm liegt (Zitelmann loc. cit. Seite 138 f.). Der Glaube sucht Zwecke in der Natur, weil er sich mit dem Schöpfer eins weiß und von sich auf diesen schließt. Dem

Digitized by Google

Stahls einerseits und von Hartmanns andrerseits zeigt, wie leicht dadurch das Gebiet des Rechts den Charakter des Gebietes des reinen Menschenthums verliert.

Trotz der Heftigkeit des Widerspruchs bewegte sich die Kritik in Widersprüchen und tadelte ganz Verschiedenes.

Während Ruhstrat meinen Vorschlag de lege ferenda verwarf, betonte Wlassak[1]) das Zutreffende meiner Resultate für die Reichsgesetzgebung.

Dasselbe widersprechende Resultat ergeben zwei neue Kritiken[2]).

Emil Pfersche's Kritik in Grünhuts Zeitschrift nennt, ohne irgend etwas zu beweisen, meine Ansicht „belanglos“[3]). — Kurz und billig!

Pfersche gesteht aber Folgendes zu: „von dem, was Verf. für sich anführt, ist nur Eines neu, nämlich der gelungene Nachweis, daß seine Ansicht nicht zu den unhaltbaren Entscheidungen nöthigt, welche Ruhstrat daraus folgern wollte“. Damit ist aber der Hauptzweck meiner Gegenschrift, welcher ein legislatorischer war, erreicht. Wenn aber Pfersche meint, daß ich unter meinem „Grundprincip“ die legislatorischen Motive des Rechtssatzes verstände, so irrt er, denn der Hauptzweck, das Grundprincip dieser nicht auf dem Vertragsrecht ruhenden Institute, ist

Wissen bleibt nur das Nichtwissen! Daß die Natur einem Ziele zustrebt, sehen wir, die Zwecke, um das uns unbekannte Ziel zu erreichen, erkennen wir wohl kaum. Andrer Ansicht ist von Ihering im „Zweck im Recht“, aber wohl mehr vom Standpunkt des Glaubens aus, den ich theile.

1) Cf. Seite 6 meiner Commissivdelicte durch Unterlassung.

2) Ich finde nur von einer Seite Zustimmung. Dagegen kämpft die Kritik selten gegen Ogonowski (die Geschäftsführung ohne Auftrag, 1877) an, der von einer gerufenen Stellvertretung (Seite 18), einer vom Herrn wie immer (??) gewollten Vertretung seines Willens (Seite 20) spricht, weßhalb der Herr ohne Rücksicht auf Erfolg hafte (Seite 30). Ogonowski sieht die Rettung aus dem Sumpfe des Quasigebiets (Seite 102) im Betreten des festen Vertragsgrundes, die neg. gestio ist ihm ein vollkommener Vertrag (S. 104). Allein nun wankt der Boden erst recht, der Vertrag ist fingirt, ist nicht da, und so führt das Irrlicht der Fiction die ganze Lehre dem Untergange entgegen, wenn man nicht anderswo, im positiven Institut, festen positiven Boden sucht, um sie darauf zu gründen. Neuerdings hat auch Paul Müller energisch die Verwerthung der Fiction verworfen (Elemente der Rechtsbildung und des Rechts, 1877, Seite 452). Er sagt, die Fiction stehe heute juristisch auf derselben Stufe, wie die Lüge auf moralischem Gebiete. Man übertüncht damit nur die Stellen, deren genaue Untersuchung und Erklärung man versuchen sollte. — Diese offene Lossagung vom unwahren Schein kann ich nur billigen.

3) Pfersche meint (Zeitschrift für das Privat- und öffentl. R. X. Band 2. Heft 1883, Seite 445) „wie viele Normen gelten im Gebiete der Verträge, welche nicht auf dem Parteiwillen ruhen!“ Das ist der einzige sachliche Einwand, der auf einer Wahrheit ruht, die ich niemals in Abrede gestellt habe. Es ist aber ein großer Unterschied, ob ich einen Mustervertrag „will“, oder ob ich nichts Vertragsmäßiges „will“ und mich doch einem positiven Institut fügen muß, kraft seiner Positivität. Eine „Veranlassung der versuchten Scheidung“ liegt, wie ich gezeigt habe und nochmals zeigen werde, vor. Ich muß „wiederholen“ weil mich die Kritik mißversteht, vielleicht mißverstehen will!

Digitized by Google

nicht die ratio des geschriebenen Gesetzes, braucht in demselben auch nicht ausgesprochen zu sein, wohl aber muß der Gesetzgeber des künftigen Gesetzbuchs Das logisch erfassen, was dem Gesetz und der Gewohnheit hier zuletzt zu Grunde liegt.

Weit sachlicher und eingehender ist die Kritik Rassows bei Gruchot. Er übergeht indeß leider meinen Streit mit Ruhstrat und sagt „wir glauben nicht, daß ein näheres Eingehen auf diese literarische Fehde unsere Leser interessiren würde". Dagegen ist der Begriff der positiven Institute gut und scharf von ihm wiedergegeben. Ein leiser Vorwurf liegt wohl in der Behauptung, daß eine „bunte Reihe" von positiven Instituten neben einander gestellt sei. Die Reihe ist bunt, gewiß! Allein jetzt bilden diese Institute nicht einmal eine Reihe, sondern stehen wie verlassene Waisenkinder vor den Thüren der einzelnen großen Rechtsabtheilungen; man speist sie mit einem „Quasi" ab, d. h. man sagt: ihr seid eigentlich Kinder dieses Hauses, im Grunde seid ihr es aber nicht, wir wissen nicht recht, von wem ihr stammt, deßhalb wollen wir euch ein Plätzchen im Hause zwar gönnen, aber ihr müßt es euch natürlich gefallen lassen, daß ihr nicht den vollen, ehrlichen Namen tragt! Damit sind aber die Institute aus dem Organismus des Rechts ausgeschieden, und es pulsirt das Leben des großen Rechtskörpers nicht mehr in ihnen.

Die Quasitheorie ist eine Halbheit ohne jede tiefere Grundlage. Diese Kinder sind nicht elternlos! Sie entstammen einem nachweisbaren Grundprincip, dessen Blut durch alle ihre Adern rollt. Freilich entstammen sie nicht alle denselben Eltern! Es liegt hinter ihnen nicht ein Vertragswille oder ein Delict, wie bei den Forderungen aus Verträgen und Delicten. Hinter allen steht allein die nothwendige Rechtsfolge des Gesetzes (Zitelmann loc. cit. Seite 278), die von der gewillkürten Rechtsfolge der Verträge verschieden ist; auch hinter den Obligationen aus Delicten steht diese nothwendige Rechtsfolge, weßhalb sie wie die Quasidelicte, von denen sie sich durch die Schuld scheiden, zu den positiven Instituten zählen (cf. mein Grundprincip der negotiorum gestio Seite 47). — Einzelne haben aber doch eine recht innige Verwandtschaft. Hiernach ist die „bunte Reihe" zu ordnen. Sollte es denn dann nicht ein Fortschritt sein, wenn für diese im System herumgewürfelten Institute eine getrennte, zwar „bunte" aber wohl geordnete Reihe geschaffen ist? Wenn wir im Gesetzbuch wie im Lehrbuch diesen Instituten ein wohnliches, gesondertes Heim geben, auf das sie so gut ein Recht haben, wie die Vertragsforderungen und die Ansprüche aus Delicten?

Ich werde in Folgendem den verschiedenartigen Einfluß von Gesetz und Gewohnheit auf diese Institute, nachdem ich sie abgegrenzt, zeigen, und zugleich, eben weil meine Ansicht keinen Beifall findet, an neuen positiven Instituten mein System erproben.

Digitized by Google

Bis jetzt fehlt für mich noch der in meiner Gegenschrift gewünschte, unparteiische Richter, der meine Methode und die meiner Gegner mit sachlichen Gründen beurtheilt[1]). Der sachliche Einfluß auf die Institute, den die Kritik de lege ferenda wie für die Praxis anerkannt hat, sichert meine Methode vor dem Vorwurf, daß ich Worte machen will. Das „Quasi“ ist ein bloßes Wort, das „Grundprincip“ ist ein rechtsentwickelnder Begriff.

a) Die Schaffung der positiven Institute durch Gewohnheit.

Im Sachenrecht, im Vertragsrecht, im Familienrecht wird es der Uebung leicht, den Friedensschluß der Gewohnheit zu erreichen, denn hier ist keine Reflexion über das allgemeine Wohl nöthig; die Partei, die Sache, der Ehegatte stehen vor Augen. Ganz anders bei den positiven Instituten! Hier drängt sich unbewußt der Zweckgedanke des allgemeinen Wohls auf, aber erst nach und nach, im Kampfe; und wenn der Friede der Gewohnheit geschlossen ist, staunt die Reflexion das Gebilde oft als einen Fremdling an, und verweist es mit einem Quasi-Scheine in das unsichere Gebiet des Quasi-Reiches. Das läßt sich leicht an Beispielen mit allem Zwange der Ueberzeugung nachweisen; aber freilich — man will sich hier oft ungern überzeugen lassen, denn das quasi steht doch im corpus iuris und ist Römische Anschauung.

1) Die Abwesenheitsvormundschaft fehlte im alten Rom. Und doch war die Vertretung Abwesender nöthiger wie heut, denn Eisenbahnen, Telegraphen fehlten und die Posten hatte noch kein Stephan geregelt. In Folge dessen entstand, gewiß nach unendlicher Mühe, die negotiorum gestio. Aber als sie da war, verkannte die Reflexion hier und da ihr Grundprincip und stützte sie auf einen Vertrag, der nie geschlossen worden und nie geschlossen wird.

2) Die Testamentsvollstreckung schuf das egoistische Familieninteresse, später das öffentliche Vogteiinteresse. Als aber ihr öffentlicher

[1]) Von den neueren Rechtsphilosophen ist es vor Allen Ahrens, der die Willensbeziehung des Geschäftsherrn zur Construction für untauglich hält, freilich führen seine eigenen Anführungen m. E. zu keinem Ersatz (Naturrecht, Seite 217 f.). Geyer führt die obligationes ex variis causarum figuris auf die aequitas zurück, „was uns auf die Idee der Vergeltung hinweist“. Allein er spricht sich über die Construction der neg. gestio nicht näher aus, und nennt sie nur „eine obligatio, in deren Construction das römische Recht den feinsten Tact bewährt und das suum cuique auf das Sorgfältigste beobachtet“ (Seite 155 der Rechtsphilosophie). Andere Rechtsphilosophen nehmen leider an dem Quasi keinen Anstoß. Trendelenburg sagt: „es offenbart die Macht der innern Verhältnisse, daß auch eine vermuthete Vollmacht, ein vermutheter Auftrag an die Stelle der Wirklichen treten kann“ (Naturrecht Seite 250). Was ist „die Macht der inneren Verhältnisse?“ Von „Vermuthung“ kann man da nicht reden, wo es sicher ist, daß der Herr nichts vom negotium wissen konnte. Seine etwaigen Wünsche sind kein Wille!

Digitized by Google

Charakter mühsam herausgekämpft war, erwachte wieder der Vertragsgedanke und mußte der subjective Wille durch Fictionen helfen. (cf. meine Abhandlung in v. Iherings Jahrbüchern für Dogmatik XX. Band 1. und 2. Heft, 1881).

3) Als drittes, neues Beispiel will ich an dieser Stelle die lex Rhodia de jactu erörtern.

Das Seerecht der Rhodier bestimmte: ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. (l. 1 de lege Rhodia de jactu 14, 2). Bei der Schiffsrettung durch Seewurf sollte durch eine Art Versicherung auf Gegenseitigkeit der Schaden dessen ersetzt werden, der Waaren für Alle hatte opfern müssen. Das Grundprincip des Gesetzes wurde durch Gewohnheit Römisches Recht. Der Kaiser sagte daher: ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. Τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ, ἐν οἷς μή τις τῶν ἡμετέρων αὐτῷ νόμος ἐναντιοῦται. Diese Enscheidung des Antoninus hatte schon Augustus gegeben (l. 9 D. h. t.).

Als die Gewohnheit das Institut recipirt hatte, trat die Römische Reflexion heran und führte es irrig auf den Miethsvertrag zurück: si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. (l. 2. D. h. t.). Aber der Mustervertrag der Römischen Miethe, den der Parteiwille ergreift, wenn er miethet und vermiethet, gibt nicht die geringste Veranlassung zu dieser unwahren Fiction eines darin enthaltenen Vertrags; also läßt sich aus dieser Fiction keine Folge der Fassung ableiten, denn die Fiction ist ewig unfruchtbar! Die besondere Anwendung des Miethvertrags auf den Fall des Seewurfs 2c. war ein Irrthum der römischen Reflexion, nach dem die Gewohnheit unbewußt den richtigen Zweckgedanken des Rhodischen Rechts erfaßt hatte. Dieser Irrthum erklärt sich aus einem eigenthümlichen Zuge der Jurisprudenz. Dieselbe wollte überall und immer „den Individualwillen zum souveränen Beherrscher des Rechtseffects" erheben,[1]) und fand auch in den positiven Instituten, die die klügere Gewohnheit, unbewußt dem Zweck folgend, geschaffen, nur Quasi-Verträge des Einzelwillens. Das römische Recht ist aber nun recipirt worden, wie es im corpus iuris steht und deshalb müssen wir die lex Rhodia nach Römischem Princip erklären. Das Quasi-Vertragsverhältniß lassen wir als falsches und unnützes Beiwerk total bei Seite. Durch die Bezugnahme auf den Schiffer hat sich folgendes Grundprincip

---

[1]) Franken, Romanisten und Germanisten Seite 19.

Digitized by Google

in Rom herausgestellt: Wer Sachen verschiedener Eigenthümer, zu deren Herausgabe er verpflichtet ist, in Händen hat, und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Anderen rettet, hat nach der lex Rhodia Dig. 14,2 Pflichten und Rechte[1]).

Erst der modernen Gesetzgebung war es beschieden, den Gedanken der gegenseitigen Versicherung voll und bewußt zu entwickeln, und das positive Institut der „großen Haverei" zu schaffen.

4) Ich reihe als Schlußbetrachtung eine Erörterung einiger Quasi-Delicts-Obligationen an.

Zunächst ist bei der actio de effusis et dejectis von keinem Delicte, sondern von einer reinen Polizeimaßregel die Rede. Denn da die Klage gegen den geht, der den Raum bewohnt oder sonst benutzt, vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen den Thäter, so kann von keinem Delict und von keiner Schuld die Rede sein. (Dig. 9,3 de his, qui effuderint vel eiecerint). Die Römer erkannten dies auch an: „summa cum utilitate id Praetorem edixisse, nemo est qui neget; publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari. Der gemeine Nutzen, das Polizeiinteresse, schaffte die Klage, nicht die Schuld „quum sane impossibile est scire, quis effudisset." Der reine Polizeicharacter trat denn auch bei der weiteren Ausführung der Klage hervor: Niemand sollte bei Strafe auf einem Vorsprunge seines Hauses etwas in gemeingefährlicher Weise aufstellen (l. 5 § 6 h. t.). Trotzdem faßte die Reflexion die Klage als Delictsklage auf: quasi ex maleficio obligatus intelligitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur. (§ 1. J. de obl. quae quasi ex del. 4. 5.).

Die Gesetzgebung, welche den Zweckgedanken bewußt erfaßt, kommt zu einer ganz anderen Construction.

Ferner haften Schiffer, Gast- und Stallwirthe aus den Beschädigungen und Entwendungen ihrer Leute. Nach heutigem Rechte ist von keinem Delict die Rede. Die Römer fanden eine Schuld, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. (§ 3. J., 4. 9). Allein die nachgewiesene Prüfung der Leute befreite den Principal nicht, es kam auf culpa in eligendo nicht dabei an.

Die Haftung fordert der Verkehr. Das klingt zwar aus manchen Stellen heraus, so lautet l. 1. § 1 D. 4.9: maxima utilitas est hujus Edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Indessen wurde das Grundprincip nicht zur Construction benutzt, sondern immer auf die Fiction Bezug genommen: ideo quasi ex maleficio teneri videtur (l. 5 § 6 D. de O. et. A. 44,7.

---

[1]) Windscheid. Pand. II. § 403.

Digitized by Google

Die Gesetzgebung hat allein aus dem Grundprincip zu construiren und wird zu ganz anderen Folgerungen kommen.

b.) Die Schaffung der positiven Institute durch Gesetz.

Das Gesetz kann das Grundprincip richtig erfassen und aus ihm construiren. Es kann den Irrthum des Quasi bewußt meiden. Das Grundprincip braucht nicht darin genannt zu werden. Denn das Gesetzbuch stellt nicht Grundprincipien sondern praktische Rechtsregeln auf, welche gelten eben weil sie Gesetz sind. Aber es muß sich erkennen lassen, daß der Gesetzgeber ein bestimmtes Grundprincip organisch wirken läßt, dessen Blut in allen Paragraphen cirkulirt. Nur dann kann er lieber zu Wenig als zu Viel in den Gesetzestext setzen, nur dann die Hereinziehung der Jurisprudenz in das Gesetzbuch meiden und doch ihrer Forschung den nötigen Anhalt geben. Deßhalb ist für die positiven Institute das Aufsuchen des Grundprincips von der größten Bedeutung. Ich will zunächst zeigen, wie die Erfassung des Grundprincips, dem die Gewohnheit unbewußt folgt, in dem bewußten Schaffen der Gesetzgebung auf die positiven Institute wirkt, die ich eben genannt habe.

1) Die Geschäftsführung ohne Auftrag wird in allen neueren Gesetzgebungen eine Vertretung Abwesender unter Wahrung ihrer Freiheit im Interesse des Verkehrs. Bei längerer Abwesenheit fordert das öffentliche Interesse die freie Vertretung durch den Abwesenheitsvormund und der Gedanke des neg. utiliter gestum muß diesem weichen.

2) Die Testamentsvollstreckung wird zur letztwilligen Bevollmächtigung und zu einem besonderen erbrechtlichen Institut, bei dem weder der Vertrag noch die Vormundschaft Normen geben können, weil es sich um einen einseitigen aber privaten Willen handelt.

3) Bei der lex Rhodia de jactu fällt jeder Gedanke an eine Fiction eines Miethsvertrags fort. Ob die Ausdehnung des Römischen Grundgedankens auf den Landtransport oder den Leihvertrag oder gar auf alle Fälle, in welchen in gleicher Weise Ersatzverbindlichkeit und Ersatzanspruch in derselben Person zusammenkommen, rathsam ist, erscheint fraglich. Denn die Rettung der Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen eines Anderen ist selten eine so über allen Zweifel feststehende Thatsache, wie sie beim Seewurf erscheint, wo ein ganzes Verkehrsleben sich im Meere auf dem einen Schiffsboden in völliger Gemeinsamkeit von Vortheil und Gefahr abspielt. — Windscheid sagt mit Recht, daß der allgemeine Satz, daß, wer von einem Mehreren drohenden Schaden allein betroffen worden ist, gegen die Uebrigen einen Ersatzanspruch habe, nicht gerechtfertigt sei. Die bloße Thatsache der Gemeinsamkeit der Gefahr ist kein Grund zum Ersatz. Windscheid

Digitized by Google

sagt, wenn Jemand etwas aufgewendet hat, um sein Grundstück vor einer Wassersgefahr zu retten, die, wenn er sie nicht abgewendet hätte, auch andere Grundstücke betroffen haben würde, so wäre ihm doch kein Ersatz zu geben. Ich stimme dem bei, und füge aus meiner Praxis aus der Forstverwaltung ein Beispiel zu, das die Lebenswahrheit für sich hat. Ein Waldbrand drohte sich auszudehnen und hätte sicher den Nachbarwald vernichtet, wenn nicht der Besitzer des brennenden Waldes, der nicht am Brande schuld war, durch großen Aufwand an Geld und Arbeit den Brand gelöscht hätte. Der Besitzer des Nachbarwaldes half nicht nur nicht beim Löschen, sondern wollte nicht einmal einen Beitrag zu den sehr großen Kosten zahlen, obwohl doch nur das Löschen seinen Wald gerettet hatte. Ich würde im Prozeßfalle nach gemeinem Recht keinen Ersatz ihm auferlegen. Es liegt keine Geschäftsführung, keine ungerechtfertigte Bereicherung und kein Rhodisches Rechtsverhältniß vor. Auch der Versicherungsgedanke, wie ihn das Recht in Rhodus hatte, ehe die römische Modification es umwandelte, liegt nicht vor. Denn die lex Rhodia wollte eine Versicherung auf Gegenseitigkeit durch Zwang, nicht durch Vertrag, sondern als positives Institut. Die Thatsache von Schiff, Ladung, Seegefahr, Opfer und Rettung gibt den Anspruch. Ein solches Institut ist aber nur im Seerecht möglich. Seinen Ausbau hat dasselbe jetzt im Handelsgesetzbuche erhalten, das die Fiction aus der Miethe total beseitigt hat. Aber die große Haverei hat auf dem Lande bei keiner einzigen Gefahr Vergleichungspunkte. Nirgend ist die Gefahr und die Rettung so unbedingt gemeinsam, wie auf dem Schiffe im Meere.

Da aber auch in anderen Fällen es billig erscheint, daß den Schaden des einen Andere mittragen, hat die Gesetzgebung den Gedanken des Versicherungsrechts entwickelt und einen Rechtsstoff gebildet, der das größte Interesse erregt und eine große Zukunft hat. Diese Versicherung ist aber keine zwangsweise, wie bei der großen Haverei, sondern eine freie, vertragsmäßige. Sie ruht auf keinem positiven Institute, sondern auf einem Vertrage[1]).

Die Versicherung ist es, die helfen muß bei Brandschäden 2c.[2]). Bei Kriegsschäden hat der Staat von Staatswegen Ersatz zu leisten[3]).

4) Die Quasidelicte fallen zum Theil unter das Strafgesetzbuch,

[1]) Die Gesetzgebung kann aber den Eintritt in den Vertrag denen unbedingt befehlen, deren Lebensverhältnisse sie normiren darf, z. B. den Beamten (Wittwenkassen 2c.).

[2]) Ansprüche aus der actio neg. gest. oder der conditio sine causa gehören nicht hierher.

[3]) So mit Recht auch C. Claussen „Ueber die Lex Rhodia de jactu mit Berücksichtigung der modernen Seerechte, besonders des deutschen Handelsgesetzbuchs“ Kiel, 1876 (Dissertation), der auch die Analogie auf Brandschäden in Abrede stellt.

Digitized by Google

das neben dem dolus jetzt die culpa und neben der Schädigung die Gefährdung bestraft. Auch die Privatstrafen sind im Umfang des § 2 des Einführungsgesetzes zum R.-St.-G. ausgeschlossen.

Die actio de effusis et dejectis gibt eventuell die Rechtsfolge der Strafe der Körperverletzung oder der Sachbeschädigung gegen den wirklichen Thäter. Es liegt auch kein Grundprincip vor, den Bewohner oder Benutzer des Raumes civilrechtlich für Andere haften zu lassen. Denn der Verkehr, welcher nach römischer Anschauung diese Härte forderte, wird durch Polizeigesetze geregelt und gesichert zur vollen Genüge (cf. § 366,8 St.-G.-B. und städtische Straßenordnungen unserer modernen Zeit).

Dagegen haften nach der heutigen Rechtsanschauung und manchen Gesetzgebungen die Wirthe 2c. noch heute für ihre Leute. Sie haften z. B. wenn sie einen Wagen zu den ankommenden Bahnzügen absenden, und der Gast sich des Wagens bedient um im Gasthof Unterkommen zu nehmen, für die vom Führer des Wagens übernommenen Sachen (Reichsgericht II. Civilsenat. Urt. v. 14. Nov. 1879). Sie haben den Vortheil des Weltverkehrs, sie müssen den Nachtheil tragen, denn der Verkehr bedarf der Reisestationen, wo er auf Ehrlichkeit zählen kann.

Dieses Grundprincip ist wichtig geworden. Eisenbahnen, Bergwerke 2c. bringen Einzelnen großen Gewinn, Vielen auch Gewinn aber auch große Gefahr, die Keiner zu tragen hätte, wenn sie als Zufall gälte. Der Verkehr fordert eine Ausgleichung. Nach dem Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 haften Eisenbahnunternehmer schlechthin, wenn nicht vis major oder eigene Schuld des Verletzten vorliegt; Unternehmer eines Bergwerks 2c. haften aus dem Verschulden der Angestellten. Der Verkehr der Eisenbahn fordert strengere Haft[1]). Vom Quasi-Delict ist keine Rede!

Aber die Schaffung der positiven Institute durch das Gesetz hat noch einen andern Vorzug, als den guten und consequenten Ausbau der einzelnen Institute. Erst das Gesetz verbindet die zusammen gehörenden Institute, oder kann sie verbinden. Es ist dies noch wenig geschehen, sollte aber m. E. geschehen.

Die neg. gestio gehört neben die Abwesenheitsvormundschaft.

Die Testamentsvollstreckung neben andere Vermögensvertretungen, wie neben den Concursverwalter 2c.

Die positiven Institute aus Gemeinschaft und Grenzverwirrung gehören in eine Reihe.

Amt, Güterpflege und Vormundschaft gehören zusammen. Bei letzterer überwiegt jetzt der Charakter des öffentlichen Rechts.

Die Quasi-Delicte sind nach ihrem ev. polizeilichen Charakter zu

---

[1]) Auch Windscheid zählt dieses Gesetz zu dieser Normengruppe in seinen Pandekten.

Digitized by Google

ordnen, Einzelne Institute bleiben einsam. Die lex Rhodia ist nach der Ausscheidung der großen Haverei auf einen Satz beschränkt, der noch der Erwägung bedarf, ob er zu behalten ist. Die Bereicherungsklage hat ihre besondere Stelle. Ich kann sie hier nicht eingehend erörtern, das Eine aber sei bemerkt, daß die unbegrenzte Fassung des Preußischen Rechts kaum beizubehalten ist, denn sie ist hier die Mutter vieler Chikanen in Prozessen geworden (L. R. I. 13 § 230). Dagegen hat sie mit festerer Grenze volles Recht, z. B. in dem Falle wo formelles Recht erlischt und doch materielles bleibt (Art 83 der Wechselordnung). — — Eine vollständige Erörterung der angeregten Frage würde eine besondere Abhandlung fordern. Es kam mir hier nur darauf an, das verschiedene Wirken der Gewohnheit und des Gesetzes, der römischen den Zweckgedanken vergessenden Reflexion und der modernen zweckmäßigen Gesetzgebung zu zeigen. Ich hoffe aber daneben, meiner Theorie von den positiven Instituten neue Stützen verschafft zu haben. Die Kritik wird mich schwerlich von der Unrichtigkeit derselben überzeugen, wenn sie nicht sachlicher wird und von der Fiction ganz absieht.

§ 3.

Die letzte Grundlage des künftigen Reichscivilrechts.

Die Voraussetzung des künftigen Reichscivilrechts ist die einheitliche Reichsmacht. Ein einiges deutsches Recht bedarf der Macht des einigen Deutschlands, das wir haben, und ist erst in diesem gestaltgewinnend und wirkend, während es früher eine kämpfende Idee tragen und halten mußte.

Daß aber diese Macht allein nicht das Reichsrecht schafft, bezeugt der Umstand, daß Macht nicht Recht ist, sondern erst mit dem Rechte gehen muß, daß ferner vor der Reichsmacht ein gemeines deutsches Recht ganz unzweifelhaft bestand.

Auch für das künftige Reichsrecht ist die Grundlage der sittliche Geselligkeitstrieb in seiner Aeußerung in den Wesensnormen. Und der einzige Unterschied gegen früher ist der, daß derselbe seinen nationalen Charakter in dem neuen Reiche voll und ganz entfalten kann, weil die Forderung der nationalen Einheit jetzt Wirklichkeit geworden ist, und der einheitliche nationale Gedanke immer mehr erstarkt. Wo aber das nationale Wesen der Deutschen sich immer mehr eint, muß auch das Recht nach meiner Theorie immer mehr ein einiges deutsches Recht werden. Das beruht auf keiner idealistischen Forderung, sondern auf strenger Logik!

Digitized by Google

§ 4.

Schlußbemerkung.

Das künftige Gesetzbuch und die künftige Wissenschaft hier noch weiter zu erörtern, ist nicht meine Aufgabe, denn noch ist die Stellung zum gesetzten und ungesetzten Recht nicht normirt im Gesetz.

Ich will nur zum Schlusse auf einige Bemerkungen v. Bethmann-Hollwegs hinweisen.

Derselbe hält in seiner citirten Abhandlung die Frage nach der Verkümmerung der Gewohnheit für entschieden, und will außer dem Handelsrecht ihr nur lokale Thätigkeit zur Ergänzung des Gesetzbuchs zugestehen (Ueber Gesetzgebung 2c. Seite 40). Gerade das Zugeständniß, daß sie im Handelsrecht noch eine fruchtbare, ergänzende Rechtsquelle ist, wird aber dazu führen müssen, daß die Frage nach der Verkümmerung der Quelle doch erst einer eingehenden Untersuchung und Erkundigung bedarf.

Darin daß die Auslegung kein Hülfsrecht sondern Hülfsmittel ist (S. 41), stimme ich ihm bei. Die subjective Vernunft des Richters schafft nie Recht, wie Adickes annimmt.

Die unvermeidlichen Lücken sind durch Analogie auch künftig zu ergänzen. Der Rückgang auf die Genesis des Rechtsbuchs ist dabei total verschieden von der subsidiären Geltung des früheren Rechts (S. 42). Der Paragraph entsteht historisch, nur seine Geschichte kann ihn erklären, aber das Vergangene steht nicht über ihm. Die Analogie ist aber m. E. nur möglich durch das Zurückgehen auf das Grundprincip jedes Instituts, das von der ratio legis, den Gedanken des Gesetzgebers bei Setzung des Rechts, wesentlich verschieden ist.

Auch v. Bethmann-Hollweg erkennt voll an, daß die Eigenart der verschiedenen Stämme nicht zu fallen brauche. „Ein todtes Einerlei wäre eine Verarmung Deutschlands". Jedenfalls ist sie da zu erhalten, wo kein einheitliches Schema eingeführt werden kann, und, wenn es im Gesetz normirt wird, durch Vertrag mit Widerwillen umgangen wird, wie im Familiengüterrecht. Auf die Aufgabe der künftigen deutschen Rechtswissenschaft einzugehen, habe ich weder Veranlassung noch genügende Erfahrung. Sie ist Hülfsmittel und nicht Quelle neben Gesetz und Gewohnheit, aber das beste und zuverlässigste Hülfsmittel für das gesetzte wie für das ungesetzte und zu setzende Recht, also gleich wichtig für die Praxis wie für die Gesetzgebung.

Digitized by Google

Berichtigungen.

Seite	13,	Zeile	20	von unten,	Wort	4,	lies:	Colonieenbildung anstatt Colonienbildung.
„	30,	„	10	„ „	„	1,	„ :	Mephistopheles anst. Mephystopheles.
„	31,	„	23	„ oben	„	3,	„ :	Rechtsphilosophie anstatt Rechtsphylosophie.
„	36,	„	17	„ unten	„	9,	„ :	Staatsnorm anstatt Rechtsnorm.
„	45,	„	12	„ oben	„	1,	„ :	weil anstatt Weil.
„	48,	„	12	„ „	„	3,	„ :	immanente anstatt immomente.
„	54,	„	3	„ unten			„ :	i. f. anstatt c. f.
„	73,	„	10	„ oben	„	2,	„ :	den anstatt der.
„	84,	„	10	„ unten			„ :	[1]) anstatt [8]).
„	108,	„	3	„ „	„	1,	„ :	wenig anstatt weng.
„	124,	„	2	„ „	„	6,	„ :	Tode anstatt Todte.
„	129,	„	7	„ oben	„	1,	„ :	ἄγραφοι anstatt ἅγραφοι.
„	158,	„	5	„ unten	„	6,	„ :	ζητεῖν, anstatt ζητε̃ίν.
„	166,						„ :	§ 6 anstatt § 7.
„	192,	„	15	„ oben	„	3,	„ :	τῷ anstatt τῶ.

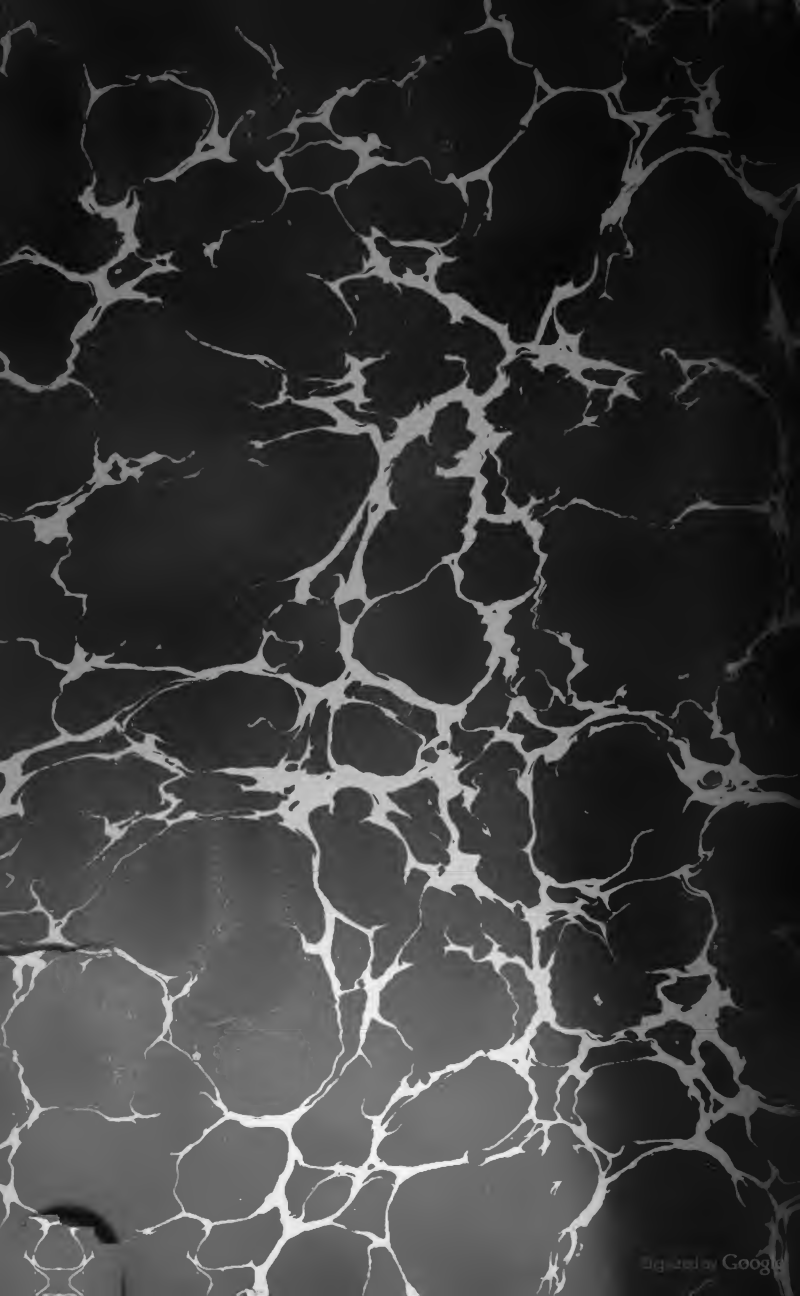


Digitized by Google

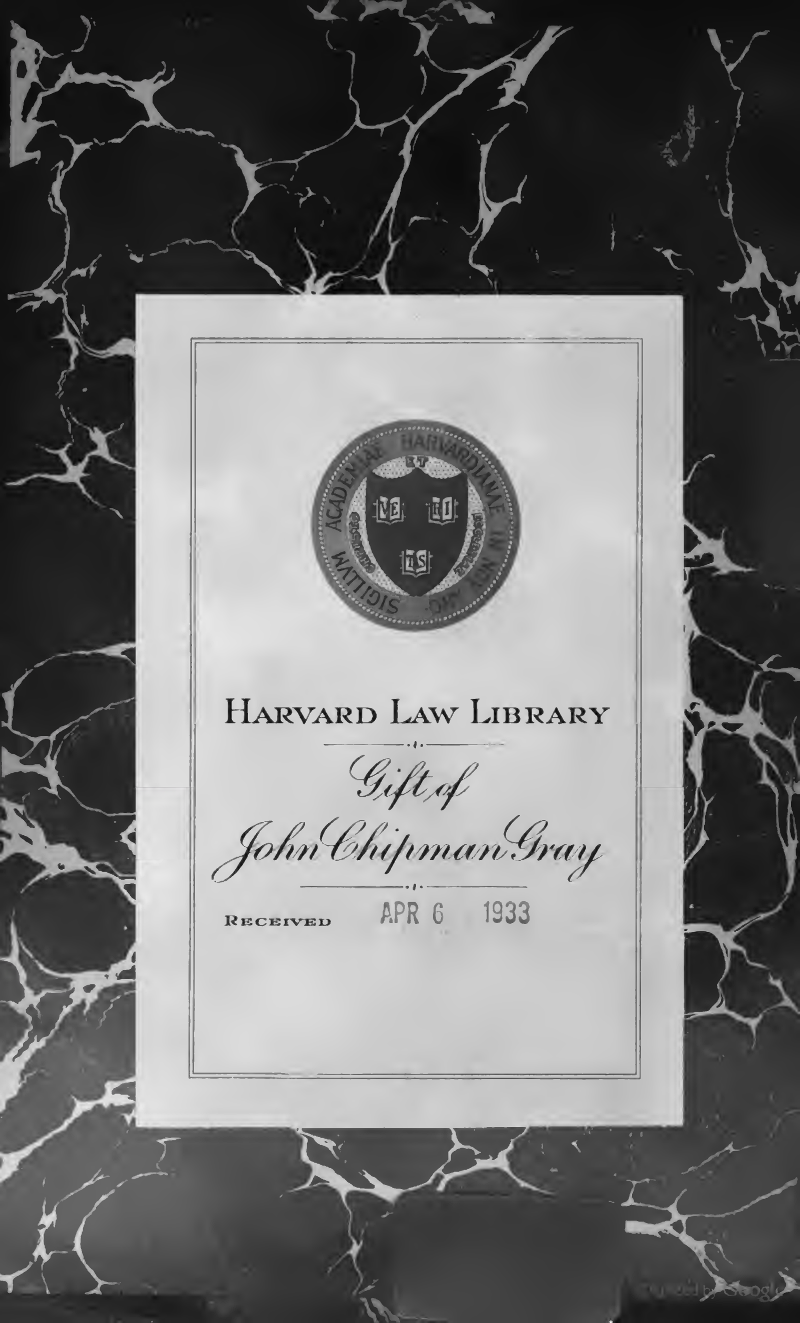
Digitized by Google



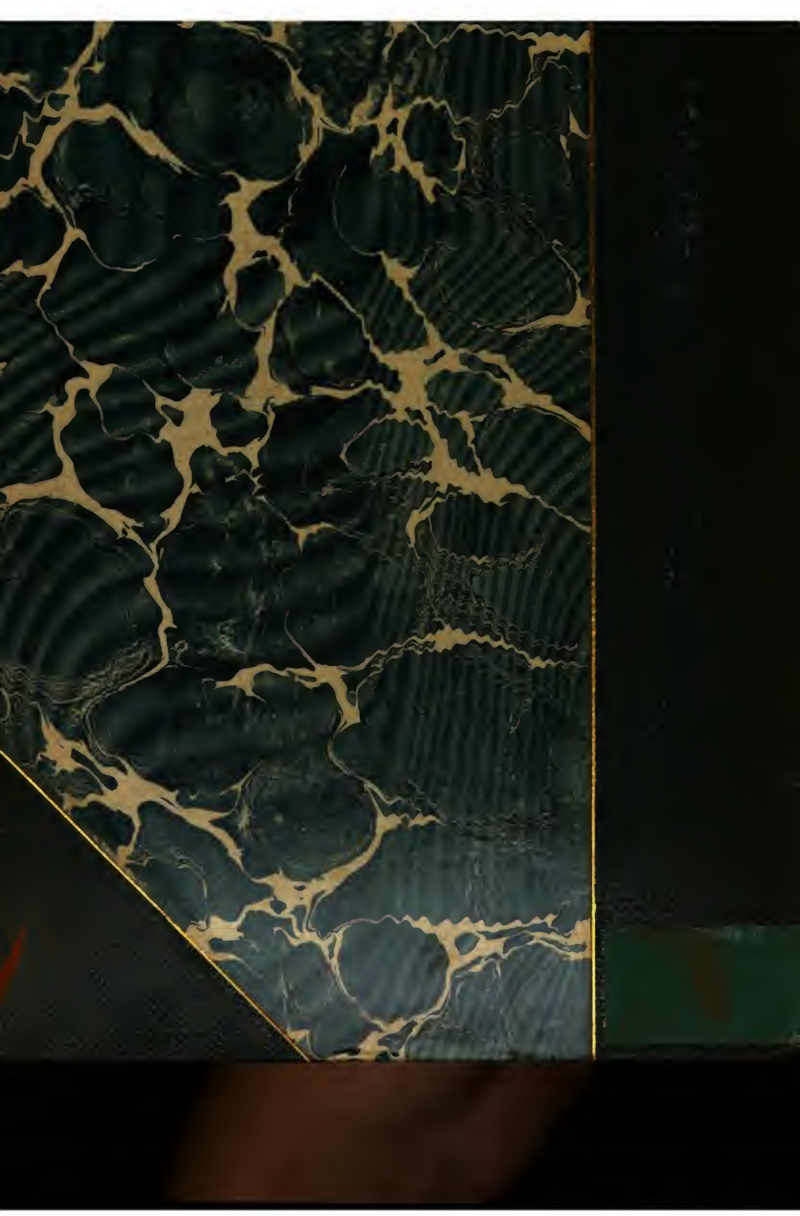
Digitized by Google



Digitized by Google



HARVARD LAW LIBRARY
Gift of
John Chipman Gray
RECEIVED APR 6 1933



Digitized by Google